

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA
RÉACTION NOTARIALE

AU SUJET DE LA JURISPRUDENCE
QUI CONDAMNE CERTAINES DES CLAUSES
DITES DE FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le vendredi 25 mai 1934, à 2 heures

PAR

Marcel HAUSSY

Président : M. NIBOYET, professeur

*Suffragants : { MM. ROUAST, professeur
 AMIAUD, professeur*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1934

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA
RÉACTION NOTARIALE

AU SUJET DE LA JURISPRUDENCE
QUI CONDAMNE CERTAINES DES CLAUSES
DITES DE FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le vendredi 25 mai 1934, à 2 heures

PAR

Marcel HAUSSY

Président : M. NIBOYET, professeur

*Suffragants : { MM. ROUAST, professeur
 AMIAUD, professeur*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1934

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les Thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



LA RÉACTION NOTARIALE

AU SUJET DE LA JURISPRUDENCE
QUI CONDAMNE CERTAINES DES CLAUSES
DITES DE FONDS DE COMMERCE

Avant-propos

1. — Au seuil de cette étude rendons justice au notariat dont la politique de toujours fut la réalisation totale des intentions des contractants. Ce n'est pas un mince mérite avec un droit aussi rigide que le droit français d'avoir su concilier cette rigueur avec les intérêts des parties.

Pour y parvenir il lui a fallu perfectionner ses formules, en combiner les clauses, en créer de nouvelles. Une véritable « coutume » s'établissait. On a pu ainsi considérer la pratique notariale comme une véritable source du droit. Le notariat, vieille institution jugée souvent rétrograde par suite d'un formalisme peu conforme aux idées modernes, a fait en réalité œuvre créatrice en de nombreuses circonstances.

Ses constructions juridiques, nées de nécessités pratiques, ont joui d'une très grande faveur et furent longtemps appliquées sans discussions ; certaines même devinrent des clauses de style.

Lorsque la Cour de cassation fut amenée, en exerçant son contrôle, à nier la validité de quelques-unes d'entre elles, ses décisions soulevèrent les vives protestations du notariat.

De là le retentissement de certains arrêts dont nous avons quelques exemples depuis ces trente dernières années, tel celui du 24 juillet 1901 contenant annulation de

la clause par laquelle l'ascendant donateur stipulait que son droit de retour ne ferait pas obstacle aux avantages conférés au conjoint survivant soit par le contrat de mariage, soit par la loi (1).

Sans retenir les décisions des 12 décembre 1921 (Affaire *Harguindeguy*) (2) et 3 juillet 1928 (Affaire *Garnier*) (3) qui ont autorisé la femme à primer, pour ce qui lui était dû à raison d'une pension alimentaire, le créancier qu'elle avait subrogé dans l'effet de son hypothèque légale, nous pouvons encore citer l'arrêt de la Chambre des requêtes du 24 janvier 1928 qui considéra comme nulle une clause d'accroissement réalisant entre deux ménages une sorte d'entreprise tontinière (4). Elle permettait au survivant de ces époux de recueillir pour lui seul le domaine qu'ils avaient acheté en commun.

Dans ces deux espèces la Cour a prononcé la nullité pour atteinte au principe de la prohibition des pactes sur succession future. C'est encore ce motif qu'elle a invoqué le 11 janvier 1933, suivant en cela une jurisprudence dont l'origine remonte à une décision du Tribunal de Rouen du 5 avril 1921, pour condamner certaines clauses dites de fonds de commerce ou clauses commerciales.

Ces clauses insérées soit dans les contrats de mariage, soit dans des donations entre époux conféraient au conjoint survivant la faculté de conserver le fonds de commerce dépendant soit de la communauté, soit de la succession du prédécédé, à charge de verser aux ayants droit de ce dernier ou à la masse commune une indemnité égale à la valeur de ce fonds déterminée par des experts nommés par les parties intéressées.

La Cour de cassation a prononcé la nullité de ces clauses mais seulement en tant qu'elles avaient pour objet de per-

(1) Civ., 24 juillet 1901. D. 1901.1.537 ; S. 1901.1.433 (note LYON-CAEN).

(2) Cass., 12 déc. 1921. D. 1922.1.154.

(3) Req., 3 juillet 1928. D. 1929.1.9.

(4) Req., 24 janv. 1928. D. 1928.1.157 ; S. 1929.1.137 (note VIAL-LETON).

mettre la conservation du fonds propre à l'époux prémourant.

Avant d'exposer le plan de notre travail nous ne croyons pas inutile de déterminer les cas dans lesquels un fonds de commerce doit être considéré comme personnel à l'un des époux.

Le fonds de commerce est un bien mobilier dont l'attribution varie suivant le régime adopté.

Avec la communauté légale, en vertu de l'article 1401 du Code civil, les fonds apportés en mariage, recueillis par succession ou donation, acquis à titre onéreux font toujours partie de la communauté. Il en est ainsi même de ceux qui nécessitent l'obtention d'une autorisation spéciale ou un diplôme : pharmacies, offices ministériels. Mais alors ce qui tombe en communauté c'est la valeur pécuniaire du fonds, « *la finance* » ; le « *titre* » reste personnel. On a fait une distinction analogue lorsque, avant le mariage, l'un des époux est associé dans une société de personnes et qu'il laisse entrer en communauté les parts d'intérêts qu'il possède. Son titre d'associé lui reste propre ; seul il a droit de contrôle sur les affaires de la société. Mais la valeur pécuniaire des parts vient grossir la masse commune. Le conjoint de l'associé forme avec lui une sous-association. On dit qu'il est le croupier de celui-ci.

Sous ce régime de communauté de meubles et acquêts il arrivera cependant que l'établissement commercial sera propre lorsque ce sera la condition d'une donation ou d'un legs, ou encore lorsque le fonds fera partie intégrante d'un immeuble propre.

Les époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts restent propriétaires des fonds de commerce dont ils étaient originairement titulaires.

Mais que décider dans le cas où l'un des conjoints réalise, au cours du mariage, une promesse unilatérale de vente qui lui a été consentie antérieurement ?

La question s'est posée pour les immeubles. Elle a donné lieu à controverse mais il semble que l'opinion favorable

à l'exclusion de la communauté l'ait emporté (1). On étend cette solution aux fonds de commerce, de même que la doctrine leur applique les principes contenus dans les articles 1407, 1408, 1434, 1435 du Code civil. La règle *res mobilis, res vilis* est écartée.

En conséquence est propre le fonds acquis par licitation dans lequel l'époux possédait avant le mariage une part indivise (Seine, 16 mai 1887. *Pandectes*, 89.II.42).

Est propre également le fonds acquis par échange. Mais une difficulté surgit lorsque l'échange donne lieu au paiement d'une soulte. Quelle sera la qualité du nouveau fonds ?

En ce qui concerne les immeubles cette question a donné naissance à quatre théories :

Pour certains auteurs tels LAURENT, HUC, l'immeuble serait toujours propre quelle que soit l'importance de la soulte, car l'article 1407 ne fait aucune distinction.

Pour d'autres (GUILLOUARD, MM. COLIN et CAPITANT) si la soulte atteint ou dépasse la valeur du bien cédé l'opération se traduit en une vente et l'immeuble reçu en contre-échange constitue un acquêt.

POTHIER estimait que cet immeuble devait être considéré « comme conquêt au prorata de la somme de deniers donnée pour l'acquérir, et propre de subrogation pour le surplus seulement ». MM. TROPLONG, AUBRY, RAU, RODIÈRE et PONT, ont fait leur cette opinion.

Enfin, M. JOSSERAND, dans son *Cours de droit civil positif français* (t. 3, n° 76), laisse aux juges du fait le soin de trancher la question au sujet de laquelle nous ne pouvons citer qu'une seule décision judiciaire, toute récente d'ailleurs, rendue par le Tribunal civil de Périgueux le 1^{er} juin 1931 (D. 32.2.100).

Nous sommes partisan d'étendre cette dernière solution aux fonds de commerce.

Avec les régimes exclusifs de communauté le fonds garde

(1) En ce sens : BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, *Le contrat de mariage*, 3^e édit., t. I, n° 335. Dijon, 11 mai 1933. S. 33.2.214.

sa qualité de propre, sauf sous le régime dotal, en cas d'estimation dans le contrat sans déclaration que cette opération n'en fait pas vente au mari (art. 1551).

Enfin, quel que soit le régime adopté, sont propres : 1° les fonds de commerce acquis en remploi de deniers propres lorsque les formalités requises par les art. 1434 et 1435 ont été remplies ; 2° ceux donnés en paiement conformément à l'article 1595.

Tels sont les fonds de nature à tomber sous le coup de la nouvelle jurisprudence.

Disons dès maintenant que dans les provinces recouvrées cette jurisprudence n'a pas eu un très grand retentissement, car peu après la première décision défavorable aux clauses commerciales était introduite en Alsace et en Lorraine une nouvelle législation permettant, sous certaines conditions que nous aurons à analyser par la suite, la transmission héréditaire intégrale d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale au conjoint survivant.

Il n'est pas dans nos intentions de reprendre ici toute la controverse doctrinale soulevée par cette jurisprudence, ni d'exposer dans les détails tous les systèmes juridiques construits pour prouver la validité des clauses commerciales litigieuses. Nous exposerons brièvement les principaux, voulant avant tout faire œuvre pratique et montrer ce qu'a été la réaction du notariat en présence de cette jurisprudence. Il nous a paru intéressant de faire connaître les moyens préconisés ou mis en application pour satisfaire les besoins auxquels répondaient les clauses condamnées.

A ce sujet le principal défenseur de leur validité, M. le doyen GÉNY, écrivait dans son commentaire des décisions des juges de Rouen :

« Ces décisions ont suscité chez les notaires une grave émotion qui s'est malheureusement manifestée plutôt par des doléances sentimentales et vagues que par des arguments juridiques précis et serrés (1). »

(1) *Sem. jur.*, 1928, p. 698, col. 2.

Appréciation sévère mais juste à l'époque où elle était émise, c'est-à-dire en 1928. Jusque-là les notaires se contentèrent de maudire leurs juges et restèrent dans l'expectative. Plusieurs raisons justifiaient cette attitude. En dehors de leur conviction personnelle du bien fondé de leur solution les notaires, en présence d'une jurisprudence de Cours d'appel très incertaine, hésitante, pouvaient encore espérer. Certaines cours n'avaient-elles pas donné l'impression de se déjuger ; et l'idée de validité pouvait paraître en progrès à la veille même de l'arrêt de la Cour suprême. Enfin et surtout une partie de la doctrine leur était favorable et leur avait fourni des arguments de très grande valeur.

Une décision de la Cour de cassation proclamant l'efficacité des clauses commerciales ne semblait pas impossible.

Peut-on encore porter une telle appréciation sur le notariat. Nous ne le pensons pas. La question présentait trop d'intérêt pour laisser plus longtemps inactifs nos praticiens. De l'étude, de l'interprétation de la jurisprudence ils ont déduit certains procédés juridiques susceptibles de réaliser les fins des clauses condamnées ou seulement litigieuses. Cette méthode nous indique quel doit être le plan de notre thèse.

Après avoir, dans un premier chapitre, dressé l'état de la question avant l'arrêt du 11 janvier 1933, état doctrinal et jurisprudentiel, nous étudierons dans un deuxième chapitre cet arrêt et ses conséquences. En présence de cette jurisprudence, qu'a fait le notariat ? Quelles formules a-t-il proposées pour obvier à la nullité de la clause commerciale ? Ce sera l'objet de notre troisième chapitre, sous le titre de « La Réaction notariale ».

Mais cette réaction a-t-elle été efficace ? Nous ne le pensons pas et c'est pourquoi nous croyons bon, en conclusion de cet ouvrage, d'envisager une réforme législative dont l'objet serait non seulement de permettre l'exercice des clauses commerciales mais aussi d'empêcher un abus

fréquent en pratique : la sous-estimation de l'établissement commercial au détriment des héritiers.

Nous avons vu que le prélèvement du fonds, à la mort du prémourant, était effectué par son conjoint moyennant le versement aux ayants droit du *de cujus* ou à la masse commune, d'une indemnité représentant la valeur de ce fonds. Cette valeur généralement est déterminée par des experts choisis contradictoirement par les co-partageants.

Cette méthode devrait, semble-t-il, donner toutes garanties quant à la sincérité de l'estimation. Or, en pratique, le montant de l'expertise est très souvent inférieur à la valeur réelle du fonds. A titre d'exemple nous pourrions citer une affaire *Raynaud-Dumas* (Paris, 11 décembre 1924) dans laquelle une officine de pharmacien estimée cent francs et conservée pour cette somme par le conjoint survivant fut cédée par celui-ci, cinq mois plus tard, pour le prix de 20.000 francs.

Comment expliquer de telles différences sinon par une sous-estimation, au moment de la reprise, due à la complaisance des experts. Ceux-ci choisis par les parties sont le plus souvent des fournisseurs dont l'intérêt bien entendu est d'avantager l'époux survivant pour obtenir sa clientèle.

Le seul remède à cet abus est de modifier le mode de nomination de ces experts en en laissant le soin au Président du Tribunal civil. Notre projet de réforme législative devra prévoir cette modification.

*
* *

2. — En résumé notre plan est le suivant :

CHAPITRE I : *Etat de la question de la validité des clauses commerciales avant l'arrêt du 11 janvier 1933.*

CHAPITRE II : *L'arrêt du 11 janvier 1933 et ses conséquences.*

CHAPITRE III : *La réaction notariale.*

CONCLUSION : *Proposition de réforme législative.*

CHAPITRE I

Etat de la question avant l'arrêt du 11 janvier 1933.

3. — Les clauses dites de fonds de commerce font partie de la catégorie des clauses de prélèvement facultatif moyennant indemnité fréquemment insérées dans les contrats de mariage. En Belgique où leur usage est très fréquent on les désigne aussi du nom de clauses de prélèvement sur pièce contradictoire (inventaire).

Leur but est de permettre au conjoint survivant de conserver le fonds de commerce exploité soit par les deux époux, soit par le prédécédé au cours du mariage, à charge d'en payer la valeur aux héritiers du prémourant.

En disant de « conserver le fonds de commerce » nous limitons le domaine de ces clauses. Elles s'appliquent aussi bien à des droits sociaux, à des établissements industriels, à des exploitations agricoles qu'aux fonds de commerce proprement dits. De là les qualifications très variées que reçoivent nos clauses : clauses de fonds de commerce, clauses commerciales, clauses de conservation de droits sociaux ou d'exploitation de culture.

La Cour de Paris le 11 décembre 1924 a même eu à statuer sur une espèce où il s'agissait de la reprise d'une officine de pharmacien. L'arrêté du 25 Thermidor de l'An II accorde à la veuve de celui-ci et à ses héritiers un délai d'un an pour vendre l'officine. Et la Cour a décidé qu'il n'y avait aucun obstacle à l'exercice de la clause, dans ce cas et pendant ce laps de temps.

Dans un but de simplification nous désignerons ces clauses quel que soit leur objet du nom de « *Clause commerciale* », nous réservant la faculté de spécifier la nature du bien, objet du droit, quand nous le jugerons utile.

4. — Voici la rédaction d'une clause telle qu'on l'insérerait dans les contrats de mariage portant adoption d'un régime de communauté ou même exclusif de toute communauté, avant la décision de la Cour de cassation :

« Article...

« Si lors de la dissolution de la communauté par décès les époux ou l'un d'eux exploitent un établissement commercial ou industriel, le survivant aura le droit de le conserver pour son compte avec tous les éléments corporels et incorporels y attachés, tels qu'ustensiles, matériel, clientèle et marchandises, à charge de tenir compte à la masse de la communauté ou de la succession, suivant le cas, de la valeur de cet établissement et de ses accessoires, telle qu'elle sera fixée dans l'inventaire après le décès du conjoint défunt par deux experts amiablement choisis ou nommés, à défaut d'entente, par le Président du Tribunal civil du lieu d'ouverture de la succession. Ces experts en cas de désaccord s'en adjoindront un troisième pour les départager. Leur décision sera souveraine et sans appel.

« Le survivant usant du bénéfice de cette clause aura seul droit, au jour du décès, au bail courant des lieux servant à l'exploitation du fonds et à l'habitation personnelle des époux à charge d'en payer les loyers et d'en supporter seul les dépenses.

« Si le fonds est exploité dans un immeuble dépendant de la communauté ou de la succession du prémourant, les héritiers et représentants de celui-ci seront tenus de faire bail au survivant des lieux nécessaires à son commerce et à son habitation pour 3, 6, 9 années, au choix du survivant, aux prix, charges et conditions qui seront fixés à l'amiable ou par experts choisis ou nommés comme il est dit ci-dessus ; ce bail ne devra contenir aucune interdiction de cession ou sous-location.

« Le survivant imputera sur ses droits de toute nature les

sommes qu'il devra pour la conservation prévue au présent article, et tiendra compte du surplus, s'il y a lieu, aux héritiers et représentants du défunt dans un délai de quatre ans par quart d'année en année, sans intérêts pendant la première année et ensuite avec intérêts payables annuellement au taux légal de l'intérêt commercial.

« Ce délai cesserait en cas de décès ou de convol du survivant, de cession totale ou partielle par lui du fonds conservé ou de cessation de son exploitation, les sommes alors dues devenant exigibles de plein droit par la seule arrivée d'un de ces événements.

« Il en serait de même à défaut de paiement à échéance d'un terme d'intérêts ou d'une fraction de capital échue un mois après mise en demeure infructueuse et nonobstant toutes offres ultérieures.

« Les clauses du présent article s'appliqueront, autant que les actes faits avec les tiers le permettront, aux droits que les époux ou l'un d'eux pourront avoir dans toute société.

« La future épouse jouira des droits conférés par le présent article même en renonçant à la communauté.

« Le survivant devra faire connaître aux représentants du défunt dans les trois mois du décès son intention au sujet des droits conférés par cet article, faute de quoi il sera réputé par son silence avoir opté pour la conservation dudit fonds.

« Dans le cas d'option tacite ou expresse pour cette conservation l'effet en remontera au jour du décès du prémourant, l'administration étant dès cette époque aux risques et périls du survivant.

« La notification ou la déclaration par le survivant qu'il entend conserver le fonds, ou la constatation par les représentants du défunt de l'expiration du délai entraînant la conservation faute de déclaration contraire emporteront de plein droit au profit de ces représentants le privilège et l'action résolutoire consacrés par les lois des 19 mars et 1^{er} avril 1909 et de plus un nantissement pour sûreté des sommes à eux dues sur tous éléments du fonds qui en seront susceptibles ; le tout sera inscrit au greffe du Tribunal de commerce sur production des pièces constatant l'option. »

5. — Toutes les parties de cette clause n'ont pas la même importance et nous croyons devoir mettre en relief les points essentiels :

1° Elle donne au conjoint survivant « le droit » (ce n'est pas une obligation mais une faculté) de conserver ou de reprendre aussi bien un fonds de communauté qu'un fonds propre à l'époux prémourant. Ceci résulte des expressions : « Si lors de la dissolution de la communauté par décès *les époux ou l'un d'eux exploitent* » et « à charge de tenir compte à la masse de la *communauté ou de la succession* ».

2° Cette reprise sera effectuée à charge de payer aux héritiers du prédécédé une indemnité égale à la valeur du fonds.

3° Lorsqu'il s'agit de droits sociaux, la clause ne doit sortir effet que si le pacte social n'y fait pas obstacle « (Les clauses du présent article s'appliqueront, *autant que les actes faits avec les tiers le permettront*, aux droits que les époux ou l'un d'eux pourront avoir dans toute société) ». Il est donc nécessaire dans ce cas, soit qu'il y ait corrélation entre le contrat de mariage et les statuts, soit même simplement qu'il n'y ait pas antinomie entre les deux textes.

4° La clause commerciale accorde en outre au conjoint bénéficiaire la faculté de se faire consentir par les héritiers du prédécédé un bail des immeubles dépendant de la succession.

5° Enfin, la femme peut conserver le fonds même si elle renonce à la communauté, puisqu'elle peut conserver tout fonds propre à son mari et que sa renonciation a pour effet de rendre les biens communs rétroactivement propres au mari.

Tels sont les éléments caractéristiques de la clause commerciale. Quant aux autres stipulations, ce sont plutôt des modalités variables suivant les régions et avec les formulaires. C'est ainsi que certains contrats de mariage prévoient la déchéance du terme concernant les sommes encore dues après imputation, non seulement en cas de vente du fonds comme dans notre formule, mais aussi en cas

d'apport en société dudit fonds. D'autres textes stipulent que le conjoint sera réputé avoir renoncé à exercer la reprise s'il n'a pas pris parti dans les trois mois ; enfin on peut noter des variantes nombreuses relatives aux délais d'option et de restitution, au taux des intérêts, etc...

6. — Quelle est l'origine de cette clause ? Nous pensons, avec M. DEGAND, que cette construction juridique est l'œuvre des praticiens (1). Mais il est difficile de fixer la date de son apparition. M. DEGAND, dans sa thèse, a étudié la question d'un point de vue plus général, puisqu'il y traitait des clauses de prélèvement facultatif moyennant une indemnité, dont la clause commerciale n'est qu'un cas particulier. Il cite un ancien statut du XII^e siècle « qui décidait que si le mari ou la femme venaient à mourir, le survivant devait rester sur l'exploitation agricole, à la charge de donner en échange d'autres terres courantes, à moins que celles-ci ne fussent des propres de l'un ou de l'autre (2) ».

Il se pourrait que notre clause résultât du perfectionnement continu de ces statuts de l'Ancien Droit. Ce qui est certain, c'est qu'à la fin du XVIII^e siècle, notre clause n'est presque pas différente de celle qui est utilisée de nos jours ; la clause que M. le Professeur CAPITANT a extraite d'un contrat de Paris du 11 octobre 1785 en fait foi :

« Comme aussi arrivant ledit décès, soit qu'il y ait des enfants ou non, il demeurera convenu que le survivant gardera, s'il le juge à propos, le fonds de commerce que pourraient faire valoir alors lesdits époux avec les marchandises et ustensiles qui en dépendent, et ce sur le pied de l'estimation qui serait faite alors sans que les héritiers puissent faire vendre le tout (3). » L'usage de cette clause appliquée soit à un fonds propre, soit à un fonds commun se répandit rapidement et bientôt on la considéra comme une clause de style.

(1) *Loc. cit.* Thèse Paris, 1916. *Des conventions modificatives du partage égal de la communauté entre époux*, p. 162.

(2) DEGAND, *loc. cit.*, p. 20.

(3) CAPITANT, *Rev. crit.*, 1927, n^o 4.

Dans le Nord de la France et en Belgique il était rare qu'un contrat de mariage ne la contint pas.

7. — Si on recherche les raisons de cette faveur, on les trouve dans l'utilité de la clause. Elle offrait en effet au conjoint bénéficiaire des avantages considérables et ne léssait pas les héritiers, tout au moins quand l'application en était correcte.

Pour bien apprécier ces avantages, envisageons la situation d'une femme survivante, mère d'enfants mineurs qui désire conserver le fonds sans pouvoir invoquer le bénéfice d'une clause commerciale, soit que les époux n'aient pas dressé de contrat, soit que celui qu'ils aient dressé ne contint pas cette clause.

La veuve a pour le garder d'excellentes raisons, d'ordre moral tout d'abord : elle a collaboré à l'exploitation et son travail a contribué au développement de ce fonds ; d'ordre matériel : ce fonds, principale ressource du ménage, est de nature à laisser des bénéfices aussi importants sous sa gestion personnelle que sous celle de son mari. Sa conservation permettra à cette veuve de ne rien changer à ses habitudes de vie, et d'élever ses enfants. Pour réaliser ce projet, un seul moyen s'offre à elle : le rachat de l'établissement propre ou commun.

En effet le fonds de commerce n'est pas un bien partageable. Son attribution à l'un des co-indivisaires ne peut avoir lieu qu'avec le consentement des autres ayants droit. Lorsque le fonds est commun la femme est dans l'indivision avec ses enfants. Elle pourrait demander le fonds dans son lot, mais ses enfants mineurs sont incapables de lui consentir cet avantage ou s'ils sont majeurs, ils peuvent, un ou plusieurs, se refuser à cette autorisation. En cas de fonds propre, la veuve pourrait, avec l'autorisation du conseil de famille, le gérer pour le compte de ses enfants et jusqu'à leur majorité. (Ceci en pratique tout au moins, car en droit, et sauf le cas d'une exploitation agricole, cette façon de procéder a pour résultat de faire d'enfants mineurs non émancipés de véritables commerçants,

la femme n'agissant qu'ès qualité.) Mais ce n'est pas son intention. Voulant entrer en possession de l'établissement, elle ne se prêtera pas à cette combinaison ; dans l'un et l'autre cas il faudra arriver à la vente, mais que de formalités et quels risques à voir passer aux mains d'étrangers un bien nécessaire à la famille !

Il ne faut pas oublier en effet que la veuve est tutrice légale de ses enfants, que les articles 450 et 1596 du Code civil interdisent au tuteur de se porter acquéreur des biens de son pupille à moins qu'il n'ait dans l'affaire un intérêt personnel, comme lorsqu'il est co-propriétaire du bien vendu. Or il n'est pas rare que la veuve n'ait qu'un droit d'usufruit sur le fonds. Elle ne sera pas alors considérée comme indivisaire et ne pourra être proclamée adjudicataire.

Mais en supposant les faits conformes au droit on se trouve en présence de la situation suivante :

C'est à la femme qui a l'intention bien arrêtée de garder l'exploitation, qu'il appartient de renseigner les amateurs (ses concurrents de demain peut-être), de leur faire connaître ses contrats, les conditions du bail, ses bénéfices, ses charges, etc...

Elle court en outre le risque des enchères. Déclarée adjudicataire, elle doit payer comptant pour la portion du prix qui dépasse ses droits personnels dans la succession de son mari.

Que se passera-t-il au contraire lorsque la clause commerciale est insérée dans le contrat de mariage ? Les formalités, les inconvénients décrits sont évités. La femme prend le fonds pour sa valeur qui est fixée à dire d'experts et bénéficie pour le paiement des sommes dues d'un délai (trois ans généralement) contenu dans la clause. Elle n'a pas à obtenir le consentement du conseil de famille et l'homologation du tribunal. En présence d'héritiers mineurs, et si les héritiers sont tous majeurs, mais en désaccord, l'attribution du fonds se fait nécessairement et malgré le refus de tout ou partie des ayants droit. N'est-ce point là des avantages réels ?

En dehors de ce cas et d'une façon plus générale « cette même clause empêche que le fonds devienne la propriété d'héritiers indifférents ou cupides qui s'empresseraient de le vendre » (1).

Quant aux héritiers, la clause ne les lèse pas puisque le conjoint impute sur ses droits dans la communauté, et éventuellement dans la succession, le montant de la valeur du fonds et qu'il paie la différence en espèces dans un délai plus ou moins court suivant le texte de la clause. Toute vente est évitée à un moment qui peut être défavorable, et si par la suite le conjoint se décide à cette opération les héritiers pourront retrouver dans sa succession le bénéfice qu'il aura réalisé, sous la condition évidemment qu'ils soient communs à l'époux prédécédé et à l'époux survivant.

La majorité des auteurs qui ont traité cette question s'accordent à reconnaître les mérites de notre clause et il en est ainsi même de ceux qui ont pris position pour la condamner dans certains cas, tels MM. CAPITANT (2) et VIALLETON (3).

Seuls MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE et MOREAU émettent un avis différent qui est le suivant :

Dans les jurisclasseurs civils sous l'article 1130 M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE fait valoir que les héritiers peuvent être plus aptes à gérer l'exploitation que le survivant, et qu'il est possible que le conjoint n'ait contribué en rien à son développement.

Quant à M. MOREAU il expose sa pensée dans un article paru dans la *Semaine juridique* de 1929 (4) en réponse à M. NAST (5) :

« Cette justification en effet implique toute une série de

(1) NAST, *Répert. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 28 février 1929, n° 4, *loc. cit.*, p. 108.

(2) *Revue critique*, 1927, p. 3.

(3) *Revue critique*, 1924, p. 406.

(4) *Semaine juridique*, 1929, p. 445.

(5) *Répert. gén. prat. du Not. et Enregistrement*, 28 février 1929, précité.

postulata : que le conjoint survivant ait besoin de posséder le fonds pour gagner sa vie, ou qu'il ait collaboré à son exploitation, ou qu'il ait un intérêt moral, ou qu'il se trouve en face d'héritiers négligents ou cupides, ou encore qu'il soit lui-même capable d'exploiter et aussi qu'il ne se remarie pas de manière à porter le fonds dans une nouvelle famille. En ces diverses hypothèses, la clause a sa raison d'être ou son utilité, mais il arrive aussi souvent que la femme survivante ait son existence assurée en dehors de la possession du fonds...; etc. »

Et plus loin : « Je ne veux pas dire par là, que la clause doive être rejetée en principe, mais simplement que susceptible de produire suivant les éventualités, du bien ou du mal, elle ne mérite pas que l'on déploie pour la défendre comme un palladium intangible tant d'ingénieuse subtilité. »

Les critiques adressées portent sur quatre points : l'incapacité possible de l'époux bénéficiaire, son convol qui pourra avoir pour effet de transporter ce bien dans une autre famille, son défaut de collaboration et la possibilité de lésion des héritiers lorsque le conjoint a d'autres moyens d'existence suffisants.

Ces critiques qui ne visent que des éventualités, pour reprendre l'expression de M. MOREAU, ne nous paraissent pas graves en présence des avantages énumérés.

8. — Jusqu'à ces dernières années la clause commerciale passa inaperçue. La doctrine ne s'intéressait pas à cette construction du notariat. TROPLONG, LAROMBIÈRE, DEMOLOMBE observent à son sujet le silence le plus complet. Les tribunaux homologuaient, sans aucune observation, des liquidations dans lesquelles le conjoint avait exercé la faculté de reprise à lui réservée. Sa validité n'était pas contestée.

Notons qu'il en fut toujours ainsi lorsque la clause avait pour objet un fonds de communauté (Nous réservons le cas où la femme a renoncé à cette communauté. Nous aurons en effet dans le deuxième chapitre à envisager la

possibilité d'appliquer à cette situation la solution donnée par la Cour de cassation à la reprise d'un propre).

Certes elle a donné lieu à quelques décisions judiciaires, mais sa validité n'était pas en jeu. Les premières que nous relevons sont des décisions d'ordre fiscal (1). Par la suite d'autres sont intervenues pour statuer sur des questions de capacité, d'irrégularités dans les estimations, d'étendue des droits des créanciers ou des héritiers (2).

Quant à sa nature juridique, l'arrêt de la Cour suprême du 7 avril 1856 avait fait jurisprudence : c'était une convention de mariage et entre associés. En voici les motifs :

« Attendu que l'attribution de toute la communauté à l'époux survivant ne cesse pas d'être *une convention matrimoniale* et ne prend pas le caractère, d'une mutation à titre onéreux passible d'un droit proportionnel d'enregistrement, par cette circonstance qu'il aura été stipulé que le survivant paiera aux héritiers du prémourant, soit une somme fixe, soit une somme dont les bases d'évaluation sont déterminées à l'avance par le contrat de mariage ; que le droit de propriété du survivant prend son origine et son titre, non dans un contrat consensuel à intervenir avec les héritiers du prémourant, mais dans la clause du contrat de mariage qui lui fait attribution de ce droit pour le cas où la chance aléatoire de survie s'ouvrira en sa faveur (3) ».

Les juridictions devant lesquelles la question fut posée postérieurement statuèrent dans le même sens (4). La

(1) Trib. Seine, 19 juillet 1853. *Lecoq c. Enregistrement*. D. 54.3.63. Cassé par Civ., 7 avril 1856. D. 56.4.207 ; S. 56.4.538. Trib. Lille, 27 août 1853. D. 54.3.73.

Trib. Seine, 14 mars et 17 août 1855. D. 55.5.184 ; Cass., 12 juin 1872. *Enregistrement c. de la Fontenelle*. D. 72.1.327 ; S. 72.1.308.

(2) C. Paris, 16 mai 1876. S. 1876.2.173 ; C. Paris, 9 juillet 1885. D. 86.2.61 ; Cass. Req., 24 mars 1903. S. 1904.1.137 ; D. 1905.1.33 ; Versailles, 19 décembre 1912. *Gaz. Pal.* 13.1.399.

(3) Cass., 7 avril 1856, arrêt préc.

(4) Trib. Lille, 27 décembre 1900. D. 1901.5.268 ; S. 1903.2.119 ; Paris, 11 décembre 1924. D. H. 1925.2.39 ; *Gaz. Pal.* 25.1.403. Confirmant jugement du Trib. Seine, 20 mars 1922. *V. Dumas c. Raynaud*. D. 22.5.11 ; Trib. Lyon, 7 juillet 1922. *Rép. gén. prat. Not. et Enreg.*,

jurisprudence est donc fixée, c'est ce qu'a constaté le Tribunal de Nogent-sur-Seine tout récemment :

« Attendu que la validité de cette clause n'est pas discutée lorsque, comme dans l'espèce, elle porte sur un fonds de commerce dépendant de la communauté.

« Attendu qu'elle constitue une attribution anticipée du fonds de commerce dans le partage de la communauté de telle sorte que le conjoint survivant, qui bénéficiera de la clause, recevra le fonds à titre de co-partageant pour le montant de l'estimation de l'expertise et sera considéré comme propriétaire de ce fonds avec l'effet déclaratif et rétroactif de l'article 883

« Attendu qu'il est admis que la clause d'un contrat de mariage, stipulant que le survivant pourra conserver le fonds de commerce dépendant de la communauté à charge de payer l'indemnité qui sera fixée par les experts, n'a rien de contraire à la loi, qu'elle s'impose aux parties majeures comme aux héritiers mineurs de l'un des conjoints » (1).

Laissant de côté pour l'instant le cas de l'exercice de la faculté de reprise par une femme renonçant à la communauté, nous pouvons constater l'accord parfait de l'unanimité de la doctrine (2) avec cette jurisprudence.

M. JOSSERAND n'emploie-t-il pas les expressions mêmes des motifs de certains arrêts lorsque dans son *Cours de droit civil*, il analyse la clause en un mode éventuel de règlement et lorsqu'il ajoute : « Il est essentiel d'observer que l'époux conserve le fonds de commerce à titre de co-partageant et ensuite d'une attribution anticipée effectuée en sa faveur par la clause commerciale insérée dans le contrat de mariage (3). »

art. 20.400 ; Cass. civ., 16 décembre 1925. D. H. 26.1.82 ; D. 1927.1.5 (note CAPITANT) ; S. 26.1.60 (note VIALLETON) ; Gaz. Pal. 26.1.249.

(1) Trib. Nogent-sur-Seine, 11 décembre 1931. Gaz. Pal. 32.1.338.

(2) CAPITANT, *Rev. crit.*, 1927, nos 6 et 7 ; NAST, *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 28 février 1929, art. 21.939, p. 102 ; SAVATIER, *Rép. gén. prat.*, 1929, art. 21.997, p. 214 ; GÉNY, *Sem. jur.*, 1928, p. 697 ; DEGAND, thèse précitée, p. 162.

(3) JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. III : les régimes matrimoniaux ; les successions légales, les libéralités, 2^e éd., 1933, n° 497.

9. — Cet accord de la doctrine et de la jurisprudence fut loin d'être réalisé sur la nature juridique et par conséquent la validité de la clause de reprise d'un fonds propre au conjoint décédé moyennant indemnité. La question fut soulevée en France pour la première fois en 1921 devant le Tribunal de Rouen lequel décida que cette clause constituait un acte à titre onéreux, nul comme contraire à la prohibition des pactes sur succession future. Ce fut le point de départ d'une controverse à laquelle l'arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 1933 a paru mettre fin.

Le jugement de Rouen souleva un grand émoi dans le notariat tant sa solution était inattendue. C'est que jusqu'à ce moment la clause litigieuse avait bénéficié du courant favorable à la clause ayant pour objet un établissement commun. La validité de l'une rejaillissait sur l'autre, on ne faisait pas la distinction ; cependant M. MACHÉREAU avait bien vu la nuance. « Dans ce cas, nous dit-il, il ne peut plus être question de conventions matrimoniales. Il y a ici transmission de propriété d'un époux à l'autre, et non convention entre associés. L'exercice par l'époux survivant de la faculté qui lui est laissée a un effet attributif de la propriété et non déclaratif (1). »

M. DEGAND dans son excellente thèse le suivit dans cette voie :

« La conservation sur estimation change de caractère lorsqu'elle affecte des biens propres. Si le fonds de commerce dépend de la succession, sa conservation par l'époux survivant constitue une « *cession* » à son profit, opérée en exécution du contrat de mariage (2). »

10. — La jurisprudence belge avait eu à prendre parti sur la question quelques années auparavant.

On soutint en effet devant les juges de Gand que le droit de reprise moyennant indemnité constituait un avantage

(1) MACHÉREAU, thèse Paris, 1908 : *Les clauses de prélèvement facultatif moyennant indemnité*, p. 43.

(2) DEGAND, thèse précitée, p. 168, n° 183.

gratuit, nul s'il portait atteinte à la réserve en nature des héritiers. Le Tribunal de Gand le 17 juin 1874 (1) adopta en partie cette thèse et décida que la clause n'était valable que dans les limites de la quotité disponible. C'était donc une libéralité, et pourtant !

C'est pour donner plein effet à la faculté de prélèvement que le Tribunal de Bruges (2) la considéra comme une promesse unilatérale de vente opposable aux réservataires.

Dans l'affaire *Verbeke-Kaisergruber*, il s'agissait en l'espèce de biens propres et de biens communs, le même Tribunal de Bruges, puis sur appel la Cour de Gand (3) se rallièrent à cette façon de voir.

Sur pourvoi, la Cour de cassation de Belgique (4) cassa l'arrêt de Gand comme contraire à l'article 826. En outre elle opposa l'article 1595, mais ce ne fut pas le motif de cassation. Elle décida « qu'à supposer que le droit de reprise invoqué par la défenderesse constituât une promesse unilatérale de vente », il ne rentrait pas dans les trois exceptions de l'article visé, et renvoya l'affaire devant la Cour de Bruxelles (5).

Celle-ci vit dans la clause une libéralité simplement sujette à réduction. C'est en ce sens que la jurisprudence belge se fixa. On retrouve en effet cette idée dans un jugement de Gand du 4 mars 1908 :

« Attendu que la clause litigieuse ne contrevient à aucune disposition contraire à l'ordre public ou expressément prohibitive.

« Attendu que, quelle que soit la nature du droit qu'elle con-

(1) Trib. Gand, 17 juin 1874. *Pas.*, 1874, III, 314.

(2) Bruges, 29 juillet 1895. *Pas.*, 96, III, 21.

(3) Bruges, 20 juillet 1904 ; C. Gand, 29 juillet 1905.

(4) Cass., 7 juin 1906 rapporte au *Monit. du Not. et de l'Enreg.*, année 1907, p. 35.

(5) Bruxelles (Chambres réunies), 6 mars 1907. *Répert. gén. de la pratique notariale*, 31 mai 1907, n° 5, p. 153.

sacre, il est en tout cas bien certain qu'elle ne constitue pas une vente entre époux.

« Attendu que la clause litigieuse ne constitue pas davantage une promesse de vendre, que c'est dénaturer la pensée des contractants que d'attribuer ce caractère à une stipulation introduite dans le contrat de mariage, dans l'intention évidente d'avantager l'époux survivant qu'en toute hypothèse, etc... ».

En résumé la jurisprudence belge a d'abord vu dans la clause de reprise d'un propre moyennant paiement de la valeur aux héritiers, une libéralité valable dans les limites de la quotité disponible. Cette solution présentant des inconvénients, elle l'analysa en une promesse unilatérale de vente. Devant l'opposition de la Cour de cassation elle revint à sa première interprétation. Mais jamais elle ne fit usage de la prohibition des pactes sur succession future. Pour voir apparaître cette notion, il faut consulter l'article de M. VAN DE WEGHE (1). Cét auteur prétendait que si l'essence de la clause était une promesse unilatérale de vente, elle constituerait un pacte sur succession future prohibé par les articles 1130 et 1600. En France, M. MACHEREAU (2) est le premier, croyons-nous, à avoir fait allusion à cette cause de nullité, mais c'était pour la rejeter.

11. — A la différence des juridictions belges, la jurisprudence française a reconnu immédiatement dans notre clause tous les éléments d'un acte à titre onéreux et en conséquence a porté la discussion sur le terrain de la prohibition des pactes sur succession future.

Et voici dans quelles circonstances :

Un sieur Montloin, mercier à Rouen, avait épousé en premières noces une dame Forges sans avoir fait de contrat. De cette union naquirent trois enfants.

La femme mourut en 1893 et le 18 mai 1896 Montloin

(1) *Annales du Not. et de l'Enreg. de Belgique*, 1902, p. 178.

(2) MACHEREAU, thèse précitée, p. 43.

convolait en secondes noces avec une dame Lacombe faisant précéder ce mariage d'un contrat portant adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts et contenant la clause dite de conservation de fonds de commerce.

Au cours de cette communauté Montloin procéda avec ses enfants du premier lit au partage des biens dépendant de la communauté *Montloin-Forges* parmi lesquels était un fonds de commerce. Montloin en fut déclaré attributaire.

Le 4 juillet 1920, Montloin décédait et dans le délai fixé, sa veuve déclarait opter pour l'exercice de la reprise du fonds propre.

C'est alors que deux enfants du premier lit demandèrent aux juges de Rouen de déclarer nulle la clause du contrat de mariage. Le Tribunal de Rouen dans un jugement du 5 avril 1921, confirmé purement et simplement par un arrêt du 15 décembre 1922 (1) fit droit à leur requête motivant ainsi sa décision :

« Attendu que les termes mêmes de la clause d'option précisent nettement qu'il s'agit en l'espèce d'un acte à titre onéreux, de la cession ou promesse de vente d'un bien propre dépendant de la succession du mari, bien qui n'est pas attribué à la femme gratuitement, mais moyennant le paiement d'une somme représentant sa valeur, les parties étant d'accord sur la chose et sur le mode de fixation du prix (art. 1583 et 1592 du Code civil).

« Attendu, cela étant, qu'aux termes de l'article 1389 du Code civil les époux ne peuvent faire aucune convention ni énonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions ; que si cet article à la vérité ne prévoit pas expressément le cas où les époux modifieraient dans leur contrat de mariage leurs droits de succession réciproque, néanmoins la doctrine et la jurisprudence s'inspirant des règles du partage décident que la chose faisant partie de l'actif successoral doit se retrouver en nature lors de l'ouverture de la succession, chacun des héritiers ayant droit éventuel à la totalité ou à une quotité de l'hérédité ;

(1) Tribunal Rouen, 5 avril 1921. et C. ; Rouen, 15 décembre 1922. D. 1923.2.1 (note CAPITANT) ; S. 28.2.33 (note GÉNY).

que la substitution de la valeur en espèces à l'objet matériel lui-même serait aller à l'encontre de l'article 1389 du Code civil précité (Cassation civile, 9 mai 1894) qui a pour but de faire obstacle au transfert d'un bien successoral dans le patrimoine du conjoint, ce qui serait également contraire aux règles propres du partage (art. 826 et suivants du Code civil).

« Attendu, au surplus, que la clause entreprise constitue, à n'en pas douter, le pacte sur succession future prohibé d'une manière générale par les articles 791 et 1130, § 2 du Code civil comme ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte et pour résultat de faire échapper au partage une quote-part de cette succession, un objet particulier envisagé comme devant faire partie d'une pareille succession (TROPLONG, *De la vente*, DELOMOMBE, LAROMBIÈRE, art. 1130 C. civ., AUBRY et RAU. Cassation civile, 11 novembre 1845 et 9 mai 1894 précité et la note) : que telle est bien en fait l'économie de la clause d'option insérée dans l'article 8 du contrat de mariage *Montloin-Lacombe* combattue par les demandeurs.

« Attendu en ce qui concerne ce dernier point (pacte sur succession future) qu'il est de doctrine et de jurisprudence que les conventions faites en violation des articles 791 et 1130 du Code civil ne sont pas seulement annulables mais nulles de plein droit, dépourvues de toute existence légale, il s'ensuit que la rectification et l'exécution qui leur seraient données après l'ouverture de la succession ne sauraient réparer les conséquences de la prohibition qui les concernent (BAUDRY-LACANTINERIE, Agen, 13 juillet 1868), qu'ainsi tombe le motif invoqué par les défendeurs, tiré de la présence de toutes les parties, y compris celles contestantes actuelles, aux opérations d'inventaire et d'expertise, mesures d'ailleurs essentiellement préparatoires au travail liquidatif, où les réserves sont de droit et qui n'impliquent aucunement la renonciation à la faculté d'en discuter ultérieurement les différents éléments, qu'il suffit d'ailleurs de se reporter au procès-verbal d'inventaire dressé le 22 juillet 1920 et enregistré, pour constater que ces réserves ont été expressément formulées par les demandeurs, notamment en ce qui concerne l'instance actuelle ».

Trois raisons ont donc déterminé le Tribunal de Rouen à annuler ce qu'il a considéré comme un acte à titre onéreux. Un tel acte est tout d'abord contraire aux règles propres du partage car l'article 826 reconnaît aux héritiers le droit de demander leur part en nature des meubles et immeubles de la succession. En outre il contrevient à l'article 1389 : en substituant une somme d'argent à un bien propre il modifie l'ordre légal des successions (Nous ne sommes pas certain que les juges de Rouen n'aient pas déjà reconnu dans ce fait un pacte successoral). Enfin nous arrivons à la raison primordiale : attribuant un droit privatif sur une succession non ouverte, il constitue un pacte sur succession future prohibé par les articles 791 et 1130 du Code civil. Nous sommes ici en présence de la définition du pacte donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 mai 1894 : « Toute stipulation ayant pour objet d'atteindre un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte constitue un pacte sur succession future. »

Les juridictions (1) qui, par la suite, eurent à se prononcer sur la clause litigieuse et la condamnèrent n'ont pas toujours fait état de toutes ces raisons, mais toutes ont analysé la clause de reprise d'un fonds propre moyennant indemnité, en un acte à titre onéreux, en une promesse de vente, c'est-à-dire en un pacte sur succession future. La Cour de cassation même, dans son arrêt du 11 janvier 1933, a invoqué uniquement cette raison. C'est donc l'argument essentiel, décisif (2).

(1) C. Amiens, 27 juin 1928. D. H. 28.548 ; Trib. Seine, 24 décembre 1928 (aff. *Crémieux-Millaud*). D. 1929.2.105 ; (note *CAPITANT*) *Sem. jur.*, 1929, p. 216 ; *Journal des Notaires*, 1929, p. 191 ; C. Amiens, 14 février 1929. *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 juin 1929, art. 22.051 ; Trib. de Rouen, 19 juin 1929. D. H. 29.567.

(2) La Cour d'Amiens dans son arrêt du 27 juin 1928 a invoqué un autre motif : l'atteinte à la réserve : « Considérant... que dans l'espèce actuelle une telle clause constitue un pacte sur succession future, qu'elle porte bien sur une quote-part des éléments d'une succession non ouverte, que de plus elle serait de nature à nuire à la réserve de certains héritiers, »

12. — Il fut le centre de la controverse qui divisa la doctrine opposant les partisans de la jurisprudence : MM. CAPITANT, VIALLETON, MOREAU, auxquels se joignirent MM. MAUX et MORIN, aux défenseurs de la validité MM. GÉNY, NAST, SAVATIER et SOLUS, pour ne citer que les principaux.

Avec M. le Doyen GÉNY, nous pensons qu'il s'agit avant tout d'une question de qualification juridique :

L'époux survivant tenant compte à la succession du prédécédé de la valeur du fonds, doit-il être considéré comme un acquéreur à titre gratuit ou à titre onéreux ? Si la clause réalise une donation, nul doute qu'elle soit valable comme institution contractuelle autorisée par contrat de mariage (art. 1082 et 1083). Dans le cas contraire ne porte-t-elle pas atteinte au principe de la prohibition des pactes sur succession future (art. 1130, 1389, 1600) ?

Nous tenons là tous éléments de la discussion. M. CAPITANT adopte entièrement la thèse des juges de Rouen. La clause est une promesse unilatérale de vente et son objet est un bien qui figurera dans la succession de l'époux prémourant. Il lui « paraît impossible, à moins de méconnaître la distinction fondamentale des actes juridiques, de la ranger parmi les libéralités (1) ».

« La donation entre vifs, dont l'institution contractuelle n'est qu'une variante, est un acte par lequel le donateur se dépouille sans recevoir, de celui qu'il gratifie la contrepartie de ce qu'il lui donne. Du moment donc que dans un contrat l'acquéreur donne l'équivalent de ce qu'il reçoit il ne peut y avoir donation ; l'opération est nécessairement une opération à titre onéreux (2). »

Et cette opération à titre onéreux est une promesse de vente. Dans le contrat de mariage, le propriétaire du fonds promet à son conjoint, si celui-ci lui survit, de le lui vendre pour un prix fixé à dire d'experts (3).

Mais cette promesse constitue un pacte sur succession

(1) et (2) *Rev. crit.*, 1927, p. 61, nos 36 et 37.

(3) D. 1923.2.1, note sous Rouen, 15 décembre 1922, *op. cit.*

future car le promettant n'est pas engagé. Ce sont ses héritiers qui auront l'obligation de céder le fonds au conjoint survivant, si celui-ci use de la faculté accordée dans le contrat de mariage. Il a donc passé une convention sur une partie de succession non ouverte, convention interdite par l'article 1130 alinéa 2 qui décide : « On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. »

Le trait caractéristique du pacte successoral n'est pas, pour l'éminent professeur, l'attribution au bénéficiaire d'un droit successif. Ceci est vrai sans doute lorsque le pacte est à titre gratuit, mais il ne l'est plus lorsqu'il est à titre onéreux. « L'acquéreur à titre onéreux, par définition même, n'est pas un successible, il ne peut donc acquérir un droit successif (1). »

En réalité ce trait il faut le rechercher dans l'éventualité du droit conféré, dans ce fait qu'il existe non contre le promettant, mais contre sa succession, contre ses héritiers.

« J'impose à ceux-ci l'obligation de vous vendre ce bien si vous manifestez la volonté de leur acheter. La promesse que je fais n'est opposable qu'à mes héritiers. Je m'oblige bien, en ce sens que je vous confère un droit de créance sur ma succession, si le bien en question se trouve encore dans mon patrimoine au jour de mon décès, mais je ne m'oblige pas moi-même à vous le vendre (2). »

C'est en ces termes que M. CAPITANT analyse les effets de la clause, promesse de vente.

Enfin, il complète son argumentation par le raisonnement suivant : « A titre gratuit elle (la clause) constituerait une donation de biens à venir, donc un pacte ; faite à

(1) D. 1929.2.105, note sous Trib. Seine, 24 décembre 1928, *loc. cit.*

(2) D. 1931.2.1, note sous Paris, 21 février 1930 (Affaire *Crémieux c. Moritz*), *loc. cit.*

titre onéreux, pourquoi ne serait-elle pas encore un pacte (1) ? »

M. VIALLETON, dans un article paru dans la *Revue Critique*, se déclare en plein accord avec son savant collègue. La clause réalise bien une promesse de vente dont l'exigibilité est reportée à l'ouverture de la succession. Elle contrevient aux articles 1130 et 1600 du Code civil, son objet étant « un bien envisagé non comme faisant partie du patrimoine de celui qui dispose, mais comme un élément de sa succession non ouverte (2) ».

M. GÉNY ayant exposé sa thèse de la clause commerciale contrat *post mortem*, il est amené à rechercher le critérium entre ce contrat et le pacte successoral. L'existence d'un titre successif ne lui paraissant pas efficace il a recours à l'intention du stipulant. « La nature même de son action, l'esprit qui lui dicte sa conduite, ne devraient-ils pas être les signes servant à discerner le caractère successoral ou non de l'opération qu'il entreprend (3). »

Et il distingue les pactes patrimoniaux à répercussion successorale des pactes purement successoraux.

Les premiers qui engagent le décujus, mais ont des conséquences sur la masse héréditaire, sont valables. Les seconds parmi lesquels il range la clause commerciale sont nuls, par suite de l'absence d'obligation pour le promettant. Ce sont des idées semblables que MM. MAUX et MORIN ont défendues dans leurs thèses (4) et M. MOREAU, Directeur de l'Ecole de Notariat de Paris dans de nombreux articles.

Dans la *Semaine Juridique* de 1929, M. MOREAU critique M. NAST qui avait soutenu que la promesse de vente, sorte d'avant-contrat, liait aussi bien le promettant que ses héritiers :

(1) D. 1929.2.105, note précitée, *loc. cit.*

(2) VIALLETON, *Rev. crit.*, 1924, p. 405 et s.

(3) VIALLETON, Note au S. 1929.1.37, sous Cass. req., 24 janvier 1928.

(4) MAUX, Thèse Toulouse, 1930. *Contribution à l'étude des pactes sur succession future*, p. 247 ; MORIN, Thèse Paris, 1931. *Les pactes sur succession future en droit positif français actuel*, p. 86.

« M. NAST raisonne comme si l'on se trouvait en présence d'une promesse de vente réalisable à n'importe quel moment, en sorte que l'obligation de vendre se transmettrait aux héritiers, par ce qu'elle aurait d'abord pesé sur le promettant, mais il n'en est nullement ainsi. Puisque la vente est un contrat distinct de la promesse, et que la passation de cette vente est reportée au décès du promettant, celui-ci ne promet pas de vendre, *il promet que ses héritiers vendront*, et qu'est-ce donc que cela sinon donner à son co-contractant un droit à réaliser exclusivement sur un bien de sa succession, quand celle-ci s'ouvrira (1). »

13. — Avec les défenseurs de la validité nous n'avons pas cette unité d'argumentation. Ici les solutions les plus variées sont proposées : promesse de vente valable comme contrat *post mortem*, promesse de vente conditionnelle, institution contractuelle avec charge, donation de la faculté de reprise, convention de mariage.

14. — Cette dernière qualification a eu la faveur surtout des praticiens : MM. AMIAUD, DEFRÉNOIS, FAUVEL, BESNARD. Elle part de cette constatation que le législateur autorise par contrat de mariage des conventions considérées comme nulles dans tout autre acte. Et l'on rappelle le principe de liberté contenu dans l'article 1387. Les parties peuvent établir toutes les conventions qu'elles jugent à propos pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs (article 1387 *in fine*), qu'elles ne dérogent pas aux droits résultant de la puissance paternelle ou maritale, qu'elles n'aient pas pour objet de modifier l'ordre légal des successions (art. 1389). La clause commerciale ne contrevenant à aucun de ces grands principes est certainement valable.

Certains jugements ont fait valoir ces raisons, tel celui du Tribunal de la Seine où l'on peut lire cet attendu :

« Attendu que pour déterminer le caractère légal d'un acte et lui donner sa qualification juridique, il importe de rechercher la

(1) MOREAU, *Sem. jur.*, 1929, p. 447.

pensée et le but poursuivi par les parties, qu'il est certain que les clauses incriminées figurant sous les articles 6 et 7 du contrat de mariage constituent des stipulations faites en faveur du mariage dont elles font partie des conditions et qui, en vertu du principe relatif à la liberté des conventions matrimoniales, sont *a priori* valables si elles ne tombent pas sous les prohibitions énumérées aux articles 1388 et suivants » (1).

M. VIGANCOUR soutient des idées voisines. Il est impossible, d'après lui, de voir dans la clause litigieuse une promesse de vente, le propriétaire du fonds ne perdant pas le droit d'aliéner. Et si le fonds ne fait pas partie de sa succession, ses héritiers ne seront pas tenus à des dommages-intérêts. En réalité cette clause est une convention de mariage, un gain de survie (2).

15. — M. DUPUIS a adopté la théorie de la donation de la faculté de reprise.

C'était déjà celle de M. MACHEREAU (3) qui dans sa thèse avait repris les arguments mis en valeur par M. VANDENBOSSCHE dans *la Flandre Judiciaire* (4).

Pour ce dernier la justification de la clause par la promesse de vente (il n'était pas encore question de nullité pour atteinte à la prohibition des pactes successoraux) est inutile parce qu'insuffisamment efficace. Cette promesse exige la rencontre des deux volontés du promettant et du stipulant, or cette rencontre est impossible lorsque la faculté de reprise sera contenue dans un testament. C'est

(1) Trib. Seine, 28 mars 1930, *Gaz. Pal.* 31.1.444 ; S. 32.2.1 (note GÉNY) rapporté au *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 1931, art. 22760, p. 325.

(2) VIGNANCOUR, Thèse Paris, 1928. *Le fonds de commerce dans les rapports entre époux*, n° 99.

(3) MACHEREAU, Thèse précitée, p. 43.

(4) VANDENBOSSCHE, *Flandre judiciaire*, 1902, p. 465-475. De la disposition par laquelle l'époux prémourant permet au survivant de reprendre sur pièce contradictoire tout ou partie des biens dépendant de sa succession. Article reproduit dans la *Revue pratique du Notariat belge*, 30 septembre 1902, p. 554, n° 995.

pourquoi ses préférences vont à une autre opération juridique : la donation de la faculté.

« Nous croyons, dit-il, que nous nous trouvons ici en présence, non d'une donation pure et simple, non d'une promesse de vente, mais d'une donation avec charge.

« Quel est l'objet de cette donation ? Ce n'est assurément pas l'ensemble des biens auxquels se rapporte la faculté de reprise car ces biens ne peuvent, en aucun cas, être repris que moyennant paiement de leur valeur. L'objet de la donation c'est la faculté de reprise en elle-même ; le paiement de la valeur des biens constitue la charge. »

C'est également l'opinion de M. DUPUIS :

« La clause ne dit pas que le fonds devra être prélevé par le conjoint survivant, *elle lui donne simplement un droit* d'option en cas de survie. Et les modalités de la reprise que fixe la même clause sont absolument distinctes et ne doivent pas être confondues avec le droit lui-même... (1). »

M. DEYZAC a développé sa thèse d'une donation éventuelle d'une créance d'obligation de faire à l'occasion d'un arrêt de la Chambre civile du 21 juin 1927 (*Vigneulle Dosne c. Boniface*) ; il ne la présente, du reste, qu'à titre tout à fait subsidiaire, puisqu'il est partisan de la théorie de l'institution contractuelle ayant pour objet le fonds de commerce même.

En l'espèce la Cour avait à statuer sur la demande en réalisation de vente faite par le bénéficiaire d'une promesse de vente testamentaire ayant pour objet une moitié indivise d'immeuble de communauté. Lors du partage, après le décès du testateur, l'époux survivant étranger à la promesse s'était vu attribuer la moitié, objet du litige, et peu après l'avait vendue à l'un des héritiers du prédécédé. C'est cet héritier que le demandeur, propriétaire de l'autre moitié, avait assigné.

La Cour a repoussé sa prétention : la promesse obligeait

(1) DUPUIS, Thèse Paris, 1931. *De la clause de reprise du fonds de com.*, p. 92.

les ayants droit du promettant mais à la condition que le bien fût mis dans leur lot. Certes, l'un d'eux se trouvait bien en être en possession, mais c'était en qualité d'acquéreur à titre onéreux et non de représentant du *de cujus*. Le bénéficiaire de la promesse n'avait qu'un droit de créance. Pour que sa demande fût recevable il lui eût fallu invoquer un droit réel. C'est bien ce qui ressort de l'attendu suivant :

« Attendu que la promesse de vente d'immeuble de communauté faite par testament de l'époux ne constitue pas la donation testamentaire d'un effet de communauté prévue par l'article 1423 du Code civil, qu'elle se résout pour l'auteur de la promesse en une obligation purement personnelle et par suite, pour le bénéficiaire de la promesse en un droit éventuel de créance qui peut ou non sortir à effet, au décès du testateur suivant les modalités du partage de sa succession ou de la communauté ».

De l'interprétation de cet attendu M. DEYZAC tire ses arguments. La Cour, à son avis, aurait fait droit à la demande du bénéficiaire si l'immeuble avait été recueilli par les héritiers dans la succession du *de cujus* parce que la promesse de vente testamentaire avait créé à son profit *un droit de créance*.

« Les circonstances d'ordre juridique qui conduisent M. le Professeur CAPITANT, nous dit-il, à dénier tout caractère de libéralité et à taxer de pacte sur succession future la clause de conservation lorsqu'elle a pour objet un fonds de commerce ou des droits sociaux propres au conjoint prédécédé, se rencontraient cependant dans l'espèce résolue par la Cour de cassation. »

Le stipulant devait en effet payer le prix comme notre conjoint bénéficiaire. Le promettant, dans les deux situations, avait fait naître contre ses héritiers un droit qui ne le liait pas.

« Et de même que la Cour de cassation a considéré la disposition testamentaire de M. Vigneulle, la faculté d'acquiescer qu'il conférait à M. Boniface, comme étant un legs

de la créance d'une obligation de faire, de même est-on autorisé à dire que la clause de conservation, par le survivant des époux, du fonds de commerce ou des droits sociaux qui dépendront de la succession du prédécédé constitue une donation mutuelle et réciproque de la créance d'une obligation de faire, créance consistant dans le droit d'obliger les représentants de son conjoint à lui vendre ce fonds de commerce ou à lui céder ces droits sociaux (1). »

16. — Pour d'autres juristes, la nature juridique de la clause commerciale n'est pas une promesse de vente mais une donation de biens à venir avec charge.

Cette théorie qui fut exposée pour la première fois, croyons-nous, par M. DICHAMP (2) comme conforme à l'intention des parties, fut adoptée par MM. BASSET (3) et BÉHIN (4) et défendue un certain temps par M. le professeur NAST :

« Une donation d'un bien à venir n'est pas autre chose qu'un legs particulier irrévocable, son but et sa nature sont les mêmes, avec cette différence qu'elle ne peut être révoquée, du moins par l'effet d'actes à titre gratuit, or je ne crois pas qu'on puisse annuler un legs particulier fait moyennant cette charge que le légataire versera à la succession le prix d'un bien légué. L'avantage que retire le légataire est de pouvoir exiger des héritiers la remise en nature du bien légué ; si le légataire, à condition de payer le prix, demande l'exécution du legs, les héritiers ne peuvent la refuser.

« Pourquoi ce qui est permis par le testament à titre

(1) DEYZAC, La clause de conservation par le conjoint survivant du fonds de commerce ou des droits sociaux propres à l'époux prédécédé. *J. N.*, 1928, p. 761 et 762.

(2) DICHAMP, *R. N. (Basoche)*, 1921, p. 218.

(3) BASSET, Thèse Paris, 1924. *Le fonds de commerce sous le régime de la communauté*, p. 251 et 255, n° 168.

(4) BÉHIN, Thèse Paris, 1925. *Attribution du fonds de commerce au cas de dissolution de la communauté*, p. 159.

révocable, ne le serait-il pas par donation de biens à venir et à titre irrévocable ? (1). »

Même M. le Doyen GÉNY considère qu'il est possible de voir dans la clause un avantage qui, inséré dans le contrat de mariage, peut présenter les caractères de l'institution contractuelle, mais il n'insiste pas sur ce point de défense purement subsidiaire (2).

Pour M. JACTAT (3), la clause commerciale réalise une institution contractuelle. Or celle-ci est une opération hybride : à la fois donation et institution d'héritier. Et c'est sur ce dernier point que l'auteur insiste. Il veut préciser le caractère de *datio successionis* de la donation de bien à venir. Il n'est pas douteux, pour lui, que le promettant veuille accorder à son conjoint des droits successoraux. Rien ne s'oppose à ce qu'une charge soit jointe à cette institution d'héritier.

17. — Enfin certains défenseurs de la clause commerciale ont porté la discussion sur le terrain d'élection de leurs adversaires et n'ont pas hésité, à leur tour, à la qualifier de promesse de vente, mais ont prétendu en démontrer la validité. Certes, la clause est une promesse de vente mais elle ne porte pas atteinte à la prohibition des pactes successoraux car elle rentre dans la catégorie des contrats *post mortem*.

C'est la conception de M. le Doyen GÉNY, à laquelle se sont ralliés MM. NAST et SAVATIER. Elle se résume ainsi :

Ne sont pas nuls, comme conventions sur succession non ouverte, tous les contrats ayant pour objet des biens que l'une des parties laissera à son décès. Les contrats *post mortem*, en effet, dans lesquels la mort d'un individu est envisagée comme une modalité, terme ou condition, sont pleinement valables.

(1) NAST, *Rev. crit.*, 1924, p. 537.

(2) GÉNY, Note au S. 1928.2.33 et *Sem. jur.*, 1928, p. 706, col. 2^e *in fine*.

(3) JACTAT, Thèse Paris, 1931. *De la clause de conservation par le survivant d'une exploitation propre à l'époux prédécédé*.

« Il est permis, nous dit M. GÉNY, de reporter l'effet d'un contrat à la mort de l'un des contractants, de façon à rendre créanciers ou débiteurs effectifs les héritiers de l'un ou de l'autre, alors, du moins, que la stipulation ou la promesse ont été faites au profit ou à la charge de tous les héritiers indistinctement, et que l'on n'a pas prétendu modifier conventionnellement les règles de l'attribution successorale qui ne peuvent être atteintes que par testament ou exclues que par la voie indirecte de la stipulation pour autrui (1).

Une autre condition doit, en outre, être réalisée : il faut que le promettant soit lié originairement lui-même. Et pour le savant professeur tout se passe de la sorte dans la clause commerciale (2).

M. NAST ne retrouve pas dans la clause ce qu'il considère comme le trait caractéristique des pactes successoraux : l'attribution d'un droit successif au survivant et par suite il l'analyse en une promesse de vente conditionnelle.

« Le propriétaire du fonds n'a nullement l'intention de faire de son conjoint un héritier, mais un créancier d'une obligation de faire, qui le lie lui-même et qui lie aussi ses successeurs universels. La seule particularité de cette obligation est qu'elle est conditionnelle, puisque son efficacité est subordonnée à la survie du conjoint de l'époux propriétaire (3). »

La recherche de l'intention des parties permet à M. SAVATIER de constater que le propriétaire du fonds, au moyen de la promesse de vente contenue dans le contrat de mariage, a voulu donner à son conjoint, sous la condition de survie un droit ayant pour terme suspensif son décès (4).

18. — Telles sont les différentes théories proposées pour faire produire effet à la clause de reprise d'un propre

(1) et (2) GÉNY, Note au S. 1928.2.33, § 2, *loc. cit.* *Sem. jur.*, 1928, p. 697 à 706 et note au S. 1930.2.57, *op. cit.*

(3) NAST, D. H. 1929. *Chr.*, p. 39. *Loc. cit.* et *Répert. gén. prat. du Notariat et Enregistrement*, 28 février 1929, art. 21.939, p. 112 et 113.

(4) SAVATIER, *Rép. gén. prat. du Notariat et Enregistrement*, 15 avril 1929, art. 21.997, p. 217 et *Revue trim. de Droit civil*, 1929, p. 476.

moyennant indemnité. Il est à remarquer que les défenseurs ont trouvé chez leurs adversaires des éléments favorables à leurs idées. Ceux-ci, en général, ont limité le domaine de la nullité au point essentiel de la reprise d'un propre à titre onéreux. Ils n'ont pas voulu étendre leur solution au cas où la faculté est réservée à la femme sur un fonds de communauté et à titre onéreux, même si elle renonce à cette communauté, ni à celui où le survivant peut exiger des héritiers du prédécédé un bail des immeubles propres dans lesquels s'exploite le fonds. Ce sont là, pour certains partisans de la validité, des contradictions qui font présumer une erreur dès le point de départ.

Enfin ils ont eu la satisfaction de voir certaines décisions judiciaires faire état de leurs arguments.

C'est ainsi que le Tribunal de Clermont-Ferrand (1), puis la Cour de Riom ont déclaré que la clause commerciale quel que soit son objet, quelles que soient ses modalités, était toujours valable comme convention de mariage. Un jugement du Tribunal de la Seine considérant « la nature juridique réelle des clauses de conservation du fonds de commerce » en prononçait la validité : « attendu qu'il y a tout d'abord lieu de remarquer que le législateur a toujours envisagé avec faveur les pactes matrimoniaux et que telles clauses qui seraient tenues pour nulles dans d'autres actes seront reconnues pour bonnes si elles constituent une condition du contrat de mariage ; qu'à cette constatation d'ordre général, il faut ajouter qu'il est inexact de dire que la clause de conservation du fonds de commerce constitue, même lorsque le fonds est propre à l'un des époux, le pacte sur succession future pros crit dans notre droit par l'article 1130 du Code civil (2) ».

En outre la Cour de Paris reconnaissait « que l'on dis-

(1) Tribunal Clermont-Ferrand, 17 mars 1922 et C. Riom, 14 mai 1923. Ces décisions n'ont pas été publiées par les recueils, mais sont citées par M. VIGNANCOUR dans sa thèse n^{os} 94 et 109, p. 97, note 1.

(2) Trib. Seine, 4 juillet 1924 (Aff. *Dufayet c. époux Vigin*). *Gaz. Pal.* 24.2.652 ; S. 28.2.33 ; D. H. 24.611. *J. N.*, 20 avril 1925, art. 34.322, p. 269 et 20 août 1926, art. 34.809, p. 574.

cute avec raison en doctrine et en jurisprudence la question de savoir si la clause de conservation d'un fonds de commerce stipulée dans un contrat de mariage au profit de l'un des époux peut tomber, le cas échéant, sous la prohibition des pactes sur succession future... (1) ».

En ce qui concerne la faculté d'exiger un bail, si la Cour d'Amiens (2) en avait interdit une première fois l'exercice pour atteinte à la prohibition des pactes successoraux, elle se déjugerait bientôt et en reconnaissait la validité dans un arrêt du 14 février 1929 (3). Elle fut suivie par les Cours de Paris (4) et de Douai (5).

Enfin, la Cour de Rouen avait infirmé un jugement du Tribunal (6) de cette ville qui avait vu un pacte sur succession future dans la clause de conservation d'un fonds commun à titre onéreux contenue non dans un contrat de mariage mais dans une donation entre vifs.

19. — En conclusion, à la veille de l'arrêt de la Cour de cassation, le notariat se trouvait en présence de la situation suivante, seules deux clauses étaient hors de discussion, leur validité n'ayant jamais été mise en doute :

1° La clause de conservation d'un fonds de communauté à titre gratuit ou onéreux.

(1) Paris, 1^{er} déc. 1929 (Aff. *Menier-Seillière*). D. 31.2.4 (note CAPITANT), S. 1930.2.57 (note GÉNY), *J. N.*, 20 mars 1930, art. 36.158. p. 287 ; *J. du Not.*, 10 avril 1930, p. 219 (note DEYZAC).

(2) C. Amiens, 27 juin 1928. D. H. 28, p. 548 ; *J. N.*, 20 juin 1929, art. 35.919 ; *R. N. (Basoche)*, 1928, p. 467. Infirmant Trib. Saint-Quentin, 13 janvier 1927, *Rép. Com.* 28.1.369.

(3) Amiens, 14 février 1929. *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, art. 22.051.

(4) Paris, 14 janv. 1931, *Gaz. Pal.* 31.1.444. *Rép. gén. prat. Not. et Enreg.*, 30 avril 1931, art. 22.736, p. 274.

(5) C. Douai, 28 janvier 1931, *J. N.*, 5 oct. 1931, p. 749 ; *R. N. (Basoche)* 32.11.491.

(6) Trib. Rouen, 19 juin 1929 (Aff. *Maillard c. Dubosc*). D. H. 29, p. 568 ; *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 septembre 1929, art. 22.130, p. 502.

C. Rouen, 28 août 1930. D. 31.2.6 (note CAPITANT) ; S. 32.2.4 (note GÉNY), *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 janvier 1931, art. 22.623.

2° La clause de reprise d'un propre à titre entièrement gratuit.

A condition qu'elles fussent insérées dans un contrat de mariage, ces clauses étaient considérées, la première comme une convention matrimoniale, la seconde comme une institution contractuelle.

Tous les autres points : reprise d'un propre à titre onéreux ou d'un fonds commun par la femme renonçant à la communauté moyennant paiement de la valeur, droit d'exiger un bail des immeubles de succession, clause contenue dans une donation entre époux, étaient controversés.

Aussi était-ce avec impatience que les notaires attendaient la décision de la Cour suprême.

Celle-ci a-t-elle dissipé toutes les incertitudes pesant sur la question ? C'est ce que nous allons voir dans le deuxième chapitre.

CHAPITRE II

L'arrêt du 11 janvier 1933 et ses conséquences.

20. — Dans l'espèce sur laquelle la Cour de cassation a été appelée à statuer il s'agissait d'une clause commerciale ayant pour objet des droits sociaux propres à l'époux prédécédé. Alors que les juridictions qui avaient connu auparavant de cette affaire avaient porté le débat plus sur le terrain de la stipulation pour autrui des pactes sociaux que sur celui de la clause de fonds de commerce, la Cour de cassation a posé très nettement la question de la validité de cette clause et elle a déclaré « qu'il n'y avait pas lieu de rechercher si la stipulation pour autrui résultant du pacte social était elle-même valable au regard de l'article 1130 du Code civil ».

La Cour n'a pas eu à exposer sa doctrine sur les nombreux points litigieux de la clause. C'est pourquoi après avoir étudié dans une première section l'arrêt du 11 janvier 1933, nous aurons à interpréter cette décision, à en déterminer les conséquences en ce qui concerne : la clause de continuation des sociétés de personnes, le droit du conjoint survivant d'exiger un bail des propres du prédécédé, la reprise du fonds commun par la femme renonçante et enfin la possibilité d'inclure la clause commerciale dans une donation entre vifs. Ce sera l'objet de la seconde section.

SECTION I

L'arrêt du 11 janvier 1933.

21. — L'arrêt de la Cour de cassation, le seul qui existe sur la question de la validité de la clause de reprise à titre onéreux d'un fonds de commerce ou de droits sociaux propres au conjoint prédécédé, est de telle importance que nous croyons devoir rappeler les faits et les décisions judiciaires qui l'ont précédé.

Le 3 septembre 1907, une société en nom collectif avait été constituée entre MM. Crémieux et Millaud, pour l'exploitation d'un fonds de commerce de marchand tailleur connu sous le nom de « Ribby ».

L'article 9 des statuts stipulait « qu'en cas de décès de l'un ou l'autre des associés, sa veuve aurait la faculté d'opter pour la continuation de la société à charge d'en manifester la volonté dans les trois mois de la mort de son mari ; que dans la première hypothèse, la veuve deviendrait co-gérante de la société, aux lieu et place de son mari, que les héritiers du *de cujus* n'auraient alors à raison de leurs droits dans les parts sociales de leur auteur, qu'une créance, contre sa veuve, fixée d'après l'inventaire social ayant prédécédé le décès ; que dans la seconde hypothèse, le survivant des associés deviendrait le seul propriétaire de l'actif social, à charge de tenir compte aux héritiers et représentants de son co-associé de ses droits dans la société, le fonds de commerce étant alors estimé à une somme égale au montant des bénéfices nets pendant les trois dernières années (1) ».

M. Crémieux, père d'une fille naturelle reconnue, avait épousé, en 1921, une dame Marthe Weill. Leur union fut

(1) Nous empruntons à M. DEYZAC avec l'analyse de la clause du contrat de mariage celle de la clause des statuts. Le jugement du Tribunal de la Seine, 28 décembre 1928 est beaucoup moins explicite. Il ne vise du reste que les statuts de la seconde société dont nous allons parler. M. DEYZAC, *J. N.*, 5 mars 1933, art. 37.476, p. 222.

précédée d'un contrat portant adoption du régime de la séparation de biens et contenant, à l'article 5, la clause commerciale. Elle accordait au survivant des époux « la faculté de conserver pour son compte personnel le fonds de commerce exploité par le prédécédé, ensemble tous les éléments dudit fonds, à charge de tenir compte aux héritiers de celui-ci de la valeur de la clientèle, du matériel et des marchandises, ou les droits sociaux du prédécédé dans toute société industrielle ou commerciale en tant que les statuts de ladite société n'y feraient pas obstacle, pour le montant de leur valeur d'après le dernier inventaire social ayant précédé le dit décès ».

Le 19 janvier 1927, la Société *Crémieux-Millaud* fut transformée en société à responsabilité limitée et l'article 44 des nouveaux statuts reproduisit les dispositions de l'article 9 des statuts originaires.

M. Crémieux, décédé le 13 octobre 1927, laissa par testament, en date du 24 août 1927, à sa fille M^{me} Moritz, tout ce qu'il possédait, y compris ses droits et son avoir dans la Société *Crémieux et C^{ie}*, mais à l'exclusion des meubles et du linge garnissant sa villa de Biarritz qui étaient légués à sa femme.

Le 19 novembre 1927, alors qu'elle était encore dans le délai fixé, M^{me} Vve Crémieux notifia à M^{me} Moritz et à M. Millaud, son option pour la continuation de la société.

M^{me} Moritz mit en doute la valeur de cette option, tandis que M. Millaud déclarait s'en rapporter à la décision de la justice.

22. — C'est dans ces conditions que l'affaire fut portée devant les juges de la première Chambre supplémentaire du Tribunal de la Seine (1).

Dans leur décision, ceux-ci ont placé au premier plan la clause des statuts, ne traitant qu'en second lieu la clause

(1) Trib. Seine, 24 décembre 1928. D. 1929.2.105 (note CAPITANT) ; *Sem. jur.*, 1929, p. 216 ; *J. du N.*, 1929, p. 191 ; *J. N.*, 1929, art. 35.994, p. 727.

du contrat de mariage. Et il ont pris en considération, non l'article 9 de la société en nom collectif, mais l'article 44 de la société à responsabilité limitée. Ils y ont vu une stipulation pour autrui au profit de M^{me} Crémieux susceptible de révocation avant toute acceptation. Le problème à résoudre, du moins pour le Tribunal de la Seine, semblait être la détermination de l'antériorité ou de l'acceptation ou de la révocation. Or, en l'espèce, la notification par M^{me} Crémieux était du 19 novembre alors que le testament par lequel M. Crémieux laissait à sa fille toute sa fortune, y compris ses droits et son avoir dans la Société *Crémieux et C^{ie}*, était daté du 24 août.

Le procès était jugé. Il était inutile de s'attarder à la clause commerciale, cependant ce moyen ayant été invoqué le tribunal a dû prendre position et il a adopté les motifs du Tribunal de Rouen, dans les attendus suivants :

« Attendu qu'une stipulation de cette nature, en permettant au conjoint survivant de prendre dans la succession du *de cujus* le fonds de commerce appartenant en propre à celui-ci, à charge d'en payer la valeur, substituée au droit des héritiers de recueillir les biens en nature, la remise d'une somme d'argent ; qu'elle contrevient donc à l'ordre légal des successions.

« Qu'en outre elle présente les caractères non d'une libéralité mais d'une convention à titre onéreux, la veuve devant acquitter le prix de ce qu'elle reçoit, ce qui est exclusif de toute intention de disposer gratuitement en sa faveur.

« Que la clause litigieuse s'analyse juridiquement en une promesse de vente qui ne produira son effet que si la condition prévue se réalise, c'est-à-dire, si l'époux propriétaire du fonds précède.

« Que c'est là un pacte sur succession future prohibé par l'article 1130 du Code civil, que la stipulation dont s'agit est nulle d'ordre public ».

23. — Devant la Cour de Paris la stipulation pour autrui des pactes sociaux fut encore le centre du débat, mais la question fut déplacée dans le temps. Puisque l'article 44

de l'acte de société à responsabilité limitée n'était que la reproduction fidèle de l'article 9 des statuts de la société en nom collectif, c'était ce texte qu'il fallait considérer. Or la stipulation qu'il renfermait avait été acceptée par M^{me} Crémieux lors de la signature du contrat de mariage. La révocation testamentaire était en conséquence tardive et sans effet.

Ainsi en avait décidé la Cour (1) :

« Considérant que la dame Crémieux ayant déclaré au contrat de mariage vouloir profiter éventuellement de la stipulation faite au pacte social en sa faveur, celle-ci est devenue définitive, sans révocation possible de la part du promettant ; que spécialement le testament, fait bien longtemps après par Crémieux à la date du 24 août 1927, est devenu à cet égard dépourvu de toute efficacité.

« Considérant que la validité de la clause du pacte social qui a attribué à la veuve Crémieux le droit de demander la continuation de la société n'est pas contestée ; que la disposition du contrat de mariage qui vient se juxtaposer à cette clause a eu pour seule vertu de rendre définitive une stipulation pour autrui valable en soi ; qu'elle n'a porté aucune atteinte à l'ordre légal des successions et ne revêt pas le caractère d'un pacte sur succession future... »

Le notariat enregistra avec satisfaction cette décision mais ne la considéra pas comme une décision de principe. Un doute planait encore. La Cour, en réalité, en faisant de la clause une acceptation d'une stipulation pour autrui que la bénéficiaire avait presque certainement ignorée, avait évité de se prononcer de façon ferme sur la validité de la reprise d'un propre à titre onéreux.

Les plus ardents défenseurs de la validité de la clause commerciale ont fait des réserves sur l'argumentation des juges d'appel. C'est ainsi qu'il semblait difficile à M. DEY-

(1) Paris, 21 février 1930. *Gaz. Pal.* 30.1.740 ; D. 1931.2.1 (note CAPITANT) ; S. 30.2.97 (note GÉNY) ; *Répert. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 1930, art. 22.386, p. 283 ; *J. N.*, 1930, art. 36.173, p. 331 et s.

ZAC de déduire de ce que le contrat de mariage de M. et M^{me} Crémieux contenait une clause de conservation de droits sociaux, que M^{mo} Crémieux eût, par cela même, et par cela seul, accepté une stipulation pour autrui contenue dans un acte de société antérieur, qui n'était visé nulle part dans le contrat de mariage et dont rien n'indiquait qu'elle avait eu connaissance (1).

24. — La Chambre civile a replacé la discussion sur son véritable terrain : l'article 1130 du Code civil. Il lui a paru inutile d'envisager la validité de la stipulation pour autrui, puisqu'elle ne pouvait produire d'effet. Il lui suffisait de proclamer ce résultat. Le testament de M. Crémieux contenait en effet révocation de la stipulation des statuts ; M^{me} Crémieux n'avait pu l'accepter avant, puisque la clause de conservation des droits sociaux insérée dans le contrat de mariage est frappée de nullité. Et la Cour expose ses raisons :

« Attendu que toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi, encore que celui de la succession duquel il s'agit, y ait consenti ; que cette prohibition est formelle et d'ordre public, et ne comporte d'autres dérogations que celles qui sont limitativement déterminées par la loi...

« Mais attendu que par l'article 5 du contrat de mariage ci-dessus analysé, Raphaël Crémieux avait disposé, pour le temps où il n'existerait plus, de ses droits dans la société *Crémieux et Cie*, qu'une telle stipulation avait pour objet d'attribuer un droit privatif sur une succession non ouverte, que du moment que les droits sociaux du mari étaient attribués à la veuve contre versement de leur valeur aux héritiers de celui-ci donc à titre onéreux, elle tombait nécessairement sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future ; que nulle de plein droit et par suite dépourvue de toute existence légale, la clause de l'article 5

(1) M. DEYZAC, *J. N.*, 1933, art. 37.476, p. 227, *op. cit.*

susvisée était réputée n'avoir point été consentie ; qu'il ne pouvait en être fait état à quelque titre que ce soit.

« D'où il suit, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la stipulation pour autrui résultant du pacte social était elle-même valable au regard de l'article 1130 du Code civil, que l'arrêt attaqué n'a pas justifié légalement sa décision » (1).

Son argumentation est donc très brève. Elle consiste à poser le principe contenu dans l'article 1130 et à en faire application à la clause commerciale. Certains auteurs, tel M. GÉNY, ont reproché à la Cour cette brièveté à laquelle ils eussent préféré un raisonnement convaincant (2).

25. — Quelles conclusions tirer de l'arrêt de la Chambre civile ? Elle a tout d'abord repoussé la théorie des praticiens tels MM. DEFRÉNOIS, FAUVEL, BESNARD, qui, faisant argument de cette constatation que toujours le législateur s'était montré favorable aux stipulations des contrats de mariage, prétendaient valider la clause de conservation comme convention matrimoniale. La prohibition des pactes sur succession future est formelle et d'ordre public, a déclaré la Cour, elle ne comporte d'autres dérogations que celles qui sont déterminées par la loi.

A ceux qui analysaient la clause en une institution contractuelle ayant pour objet soit le fonds de commerce, lui-même, soit la faculté de reprise, soit encore la créance d'une obligation de faire, la Cour a fait valoir que la veuve devait payer aux héritiers la valeur des biens repris ; que c'était en conséquence une opération à titre onéreux.

Elle a donc admis la thèse de la promesse de vente, *pacte sur succession future* (3), soutenue par MM. CAPITANT

(1) Cass. Ch. civ., 11 janvier 1933. D. H. 33.81 ; *Gaz. Pal.* 33.1.458 ; D. 33.1.10 (note CAPITANT) ; S. 33.1.161 (note GÉNY) ; *R. N.* (*Basoche*) 33.II.117 ; *J. N.* 1933, art. 37.476, p. 219.

(2) GÉNY, note au S. 1933.1.161, *op. cit.*

(3) L'arrêt de la Cour de cassation n'a pas eu pour résultat de modifier les positions prises par les juristes. Tous sont restés fidèles à leur

et VIALLETON. Et s'il y a pacte c'est que le conjoint avait disposé de ses droits pour le temps où il n'existerait plus, il avait attribué un droit privatif sur une succession non

première conception. GÉNY, note au S. 33.1.161 précit. ; SAVATIER, *Rev. trim. de droit civ.*, 1933, p. 153 ; DEYZAC, *J. N.*, art. 37.476 précit. ; CAPITANT, D. 33.1.10 ; *Rev. crit.*, 1933, p. 86 et 110, n° 23 (La prohibition des pactes sur les successions non ouvertes) ; MOREAU, *Sem. jur.*, 1933, p. 187 et 241 ; *Rec. civ. et Not. des Juriscl.*, 1933, p. 274 et 20 novembre 1933, p. 642.

Pour être complet, nous devons signaler l'intervention dans la controverse de quelques juristes notoires : M. SOLUS (*Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 avril 1933, art. 23.434, p. 209 et s.) adhère à la thèse du contrat *post-mortem* de M. GÉNY ; M. DESSERTAUX (*Rev. crit.*, 1933, p. 457) tend à reconnaître dans la clause un caractère gratuit qui la ferait rentrer dans la catégorie des donations de biens à venir.

Enfin M. le Professeur ESMEIN propose au D. H. 1933, *Chr.*, p. 57 une théorie nouvelle sur certains points. L'originalité de son point de vue est de diviser la clause en deux éléments, en deux moments, alors que les auteurs ayant pris parti jusqu'ici l'avaient envisagée comme formant un tout.

Il applique la méthode d'observation. Il lui semble impossible de ne pas voir dans la clause commerciale une libéralité. Le conjoint agit par affection. Et il critique la décision de la Cour suprême qui l'a analysée en un véritable acte à titre onéreux.

Elle pouvait tenir compte de l'*intention libérale* du propriétaire du fonds, car rien ne s'y opposait ni l'ordre public ni la loi écrite. Et il s'efforce de le démontrer :

1° Tout d'abord, pour l'auteur, la clause n'est pas un contrat *post-mortem*, mais un pacte sur succession future. Cette notion de pacte, certes, est obscure. On peut toutefois délimiter son domaine en recherchant le but de la prohibition. Or quel est-il ? protéger l'individu contre son imprévoyance en lui interdisant de prendre des engagements définitifs ayant rapport avec sa succession. Le trait caractéristique du pacte, ce qui le distingue du contrat *post-mortem*, c'est qu'il confère un droit privatif sur une succession.

2° La clause renferme certainement un élément gratuit, et c'est ici que M. ESMEIN dissocie la clause en deux parties : la *faculté* et l'*exercice*, la promesse de vente et le contrat à titre onéreux entre le survivant et les héritiers. Or la promesse est à titre gratuit.

« L'intention libérale du conjoint propriétaire du fonds en tant qu'il concède la *faculté* de prélèvement, en l'absence d'une contre-partie spécifiée au contrat, nous paraît flagrante. Il agit par affection » (*loc. cit.*).

L'époux bénéficiaire retire de la clause des avantages qui ont un carac-

ouverte. Mais elle n'a pas repris l'argument invoqué dans de nombreuses décisions : l'atteinte à la réserve en nature.

Donc, en résumé, l'arrêt contient uniquement la condamnation de la clause de reprise d'un fonds de commerce propre à titre onéreux. Nous allons voir dans la section II s'il est possible d'en déduire d'autres solutions pour les points litigieux que nous avons énumérés.

Le notariat peut-il encore nourrir l'espoir de voir ses défenseurs l'emporter, un revirement de jurisprudence est-il possible ? Nous ne le pensons pas. La Cour de renvoi est en effet la Cour d'Amiens qui déjà à deux reprises a pris position contre la validité. Il lui sera difficile de se déjuger et il est peu probable que la Cour de cassation (toutes chambres réunies) soit appelée à se prononcer.

SECTION II

Les conséquences de l'arrêt de cassation.

La solution de la Cour de cassation condamnant la clause de reprise d'un fonds de commerce ou de droits sociaux propres à l'époux prédécédé pour atteinte au principe de la prohibition des pactes sur succession future a soulevé le problème important de la validité de clauses semblables : stipulation contenue aux statuts de sociétés de personnes permettant au conjoint de l'associé prémourant de reprendre ses droits sociaux à charge d'en payer la valeur, faculté réservée au conjoint bénéficiaire d'une

tère patrimonial; car il n'est pas impossible que d'autres paient pour obtenir le même avantage.

3^o Cette libéralité peut-on la traiter comme une institution contractuelle ? Il faut répondre par l'affirmative, si l'on peut envisager la promesse indépendamment de la vente qu'elle prépare. Promesse et vente sont bien distinctes. L'une vise à préparer l'autre. Or rien ne s'oppose à ce qu'un acte à titre gratuit prépare un acte à titre onéreux. Et M. ESMEIN en donne un exemple : le pacte de préférence consenti à un ami pour le cas de vente d'un immeuble. Et il conclut que la clause réalise une institution contractuelle valable en vertu de l'article 1093.

clause de conservation d'un fonds de communauté de se faire consentir un bail des immeubles propres, droit accordé à la veuve d'exercer la reprise du fonds commun même si elle renonce à la communauté.

Ces clauses ne sont-elles pas susceptibles d'être annulées pour le même motif ?

§ 1^{er}. — *Effets sur la clause de continuation
des sociétés de personnes.*

26. — Nous avons signalé déjà le rapport établi dans le contrat de mariage entre la clause commerciale, lorsqu'elle a pour objet des droits sociaux, et la clause de continuation de la société par le conjoint de l'associé décédé dans les statuts de sociétés de personnes. La première n'est efficace que si la seconde l'autorise : « en tant que les actes constitutifs de la société n'y feraient pas obstacle » telle est la formule habituelle.

Nous trouvons également une référence au contrat de mariage dans la clause du pacte social que nous empruntons au *Formulaire annoté et commenté des actes des notaires*.

« La société sera dissoute de plein droit par le décès de l'un des associés avant le terme fixé pour sa durée.

« Néanmoins la veuve de l'associé, *si son contrat de mariage le lui permet*, aura la faculté de demander pour son compte personnel la continuation de la société en tenant compte aux héritiers de son mari du montant de leurs droits tels qu'ils résulteront du dernier inventaire commercial (1).

(1) On fait un usage peu fréquent de ce mode de fixation de la valeur des droits des héritiers. Il a en effet l'inconvénient de les léser dans la majorité des cas. Le dernier inventaire commercial ne tient pas compte dans la masse active des divers amortissements opérés depuis la fondation de la société. Le fonds de commerce y figure souvent pour la somme de un franc alors que sa valeur est considérable.

C'est pourquoi on préfère stipuler actuellement que la liquidation des

« La somme dont elle devra compte aux héritiers de son conjoint pour leur part dans l'actif social sera payable en... portions, dont la première sera exigible... mois après le décès, la seconde... etc., avec les intérêts à 5 % par an, à compter du jour du décès.

« La veuve devra faire connaître à l'associé survivant et aux héritiers de son conjoint, dans les trois mois du décès de celui-ci, son intention d'user ou non de la faculté qui vient de lui être réservée. »

En réalité ces deux clauses présentent de nombreuses analogies. Elles sont du même type.

27. — Avant la décision de Rouen la clause des statuts n'était pas suspectée. Les auteurs y voyaient une stipulation pour autrui valable en vertu de l'article 1121 du Code civil.

C'est bien là l'explication à laquelle, semble-t-il, on est obligé de recourir si on envisage la conception qui analyse la stipulation du pacte social en une application à la fois de l'article 1868, qui décide que la société pourra continuer avec « l'héritier » de l'associé décédé, et de l'article 1122 : on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause.

En effet, ce serait trop s'en tenir à la lettre du texte que de prétendre tirer argument du singulier utilisé dans l'article 1868. Il y a là simplement une figure de rhétorique, une synecdoque. Suivant en cela certains auteurs, nous pensons que le législateur a visé les héritiers globalement et non l'un d'entre eux individuellement désigné par le *de cujus* (1).

Si cependant nous admettions cette interprétation de l'article 1868 nous nous trouverions en présence d'un in-

droits des héritiers sera effectuée d'après un inventaire spécial dressé immédiatement après le décès. Tous les éléments de l'actif y seront portés pour leur valeur réelle.

(1) En ce sens : Trib. civ. de la Seine (1^{re} Ch.), 27 décembre 1933. *Gaz. Pal.*, n° 33 du 2 février 1934.

convénient sérieux : l'un des éléments de la clause considéré comme essentiel, l'option, disparaîtrait. Nous sortirions par cela même de notre sujet. Si le bénéficiaire de la clause doit se présenter en qualité d'héritier, il n'exerce plus une faculté, il remplit une obligation. Certaines décisions judiciaires, il est vrai, ont statué en sens contraire. Ainsi, la Cour de Caen (1) a décidé que la stipulation dans un acte de société prévoyant le remplacement de plein droit de l'un des associés décédé par l'un de ses enfants dénommé n'était pas obligatoire pour celui-ci, même s'il avait accepté purement et simplement la succession de son père.

Mais il est difficile de tirer parti de cet arrêt, car la Cour de Caen a analysé finalement cette clause en une stipulation pour autrui.

Enfin, cette explication par l'article 1868 est en partie inefficace. Avec elle, en effet, la clause des statuts n'a pas d'effet propre. Le conjoint doit être en mesure d'invoquer un titre légal ou conventionnel d'hérédité. Il faut qu'il puisse exiger le droit qui lui a été réservé, soit en qualité d'ayant droit à l'article 767 du Code civil, soit en qualité de donataire ou de légataire. Et avant la nouvelle jurisprudence rien ne s'opposait à ce qu'il fût valoir la clause commerciale du contrat de mariage. Mais depuis, cette solution n'est plus possible et il pourra advenir que le titre nécessaire fasse défaut au bénéficiaire de la clause du pacte social. A ce moment il faudra recourir à l'explication par la stipulation pour autrui. En général les auteurs, tels MM. BAUDRY, LACANTINERIE et WAHL ont rattaché cette clause à l'article 1121 :

« On peut également convenir que la société continuera avec la veuve du défunt, et si la veuve a accepté la stipulation, elle est tenue de s'y conformer ; si elle ne l'a pas acceptée, elle peut encore l'accepter après le décès de son mari, car elle invoque le bénéfice d'une *stipulation pour*

(1) C. de Caen, 10 novembre 1857. S. 59.2.31, p. 1858.779, aff. *Dubourg c. Danjou*.

autrui et on admet que le bénéficiaire d'une stipulation de ce genre peut l'accepter après le décès du stipulant.

« Pour les raisons que nous avons indiquées à propos du cas où une clause de ce genre est convenue en faveur de l'un des héritiers, la veuve, et elle seule, doit indemniser les co-héritiers du mari de leurs droits dans la part sociale de ce dernier. A plus forte raison une stipulation en ce sens est-elle valable (1). »

M. PIC, après avoir appliqué l'article 1868 au cas où la société doit continuer entre les associés survivants et les héritiers du prédécédé *globalement envisagés*, ajoute :

« Tout autre serait le caractère de la clause stipulant que la société continuera entre les survivants et tel héritier ou successible individuellement et nominativement désigné (l'un des fils, veuve). Il conviendrait d'y voir une stipulation pour *autrui* (2). »

C'est également la conception de M. ARTHUYS (3). Seul M. HOUPIN prétendit un certain temps que cette stipulation pouvait être annulée comme réalisant une vente entre époux : « Mais nous estimons personnellement (la question est neuve) que la stipulation renferme une cession entre époux tombant sous l'application de l'article 1595 lequel prohibe la vente entre époux si ce n'est dans les trois cas qu'il détermine.

« Il y a là une cession de droits sociaux, une vente par l'époux prédécédé au survivant qui, bien que ne devant produire son effet définitif qu'au décès, résulte du contrat de société, se lie intimement avec lui et pourrait entraîner la nullité ou la dissolution de la société lors du décès du prémourant des époux... Si les époux associés veulent assurer au survivant le droit de conserver la part du prémourant dans la société, soit à titre purement gratuit, soit à charge de tenir compte aux héritiers de l'importance de

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *De la société, du prêt, du dépôt*, 3^e édit., 1907, p. 249, n° 392 bis.

(2) PIC, *Des sociétés commerciales*, 2^e éd., 1925, t. I, n° 601.

(3) ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales*, 3^e éd., 1917, p. 268, n° 727.

cette part, ils ne peuvent à notre avis atteindre ce but légalement, en l'absence d'une stipulation dans le contrat de mariage, qu'au moyen de dispositions de dernière volonté (1). »

Mais depuis, cet auteur est revenu sur son appréciation (2) et a considéré, à son tour, la clause des statuts comme une stipulation pour autrui valable.

28. — Dès que les juges de Rouen eurent rendu leurs décisions défavorables à la clause commerciale, les partisans de la validité ont vu les répercussions possibles de la nouvelle jurisprudence sur la stipulation des pactes sociaux, qui était en quelque sorte calquée sur la clause condamnée. La nullité de l'une devait, semblait-il en logique, entraîner la nullité de l'autre. C'est ce que M. GÉNY avait fait valoir :

« De même la doctrine et la jurisprudence que nous repoussons ne permettraient pas de maintenir les clauses souvent insérées dans les statuts des sociétés de personnes, par lesquelles on convient qu'en cas de décès d'un associé, la société continuera soit avec la veuve seule, soit avec un enfant nominativement désigné, le conjoint ou l'enfant qui useraient de cette faculté devant conserver les droits de l'associé décédé, à charge de payer aux autres héritiers la part leur revenant dans la valeur de ces droits (3). »

Cette stipulation de l'acte de société ne contrevenait-elle pas à son tour à la prohibition de l'article 1130 ? L'associé ne conférerait-il pas un droit privatif sur une succession non ouverte ?

29. — L'affaire *Crémieux*, avec le jugement du Tribunal de la Seine du 24 décembre 1928 qui considéra comme

(1) HOUPIN, *Journal des sociétés*, 1894, p. 81 et s.. Des sociétés entre époux.

(2) HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 6^e éd. Paris, 1929, p. 237, n° 211.

(3) GÉNY, note au S. 1928.2.36, col. 2 et *Sem. jur.*, 1928, p. 703, col. 2.

admise la validité de la stipulation des statuts, permit aux auteurs de faire connaître leur doctrine sur ce point.

M. CAPITANT (1) donna sans réserve son approbation à la décision de ce tribunal. Pour l'éminent professeur nous ne sommes plus ici en présence d'une promesse de vente. Celle-ci en effet exige la rencontre des volontés des deux contractants : propriétaire du fonds ou des droits et bénéficiaire de la promesse. Or rien de semblable dans la clause de continuation du pacte social. C'est une convention entre les associés au moment de la constitution de la société. Leurs conjoints n'interviennent pas. C'est en réalité une stipulation pour autrui susceptible d'être révoquée tant qu'elle n'a pas été acceptée.

Les deux éléments de la clause qui entraînent sa validité même à l'égard de l'article 1130 paraissent être pour M. CAPITANT : sa révocabilité et la qualité de tiers du conjoint bénéficiaire.

C'est ce qui résulte encore de sa note au D. 31.2.4 et 5 sous un arrêt de la Cour de Paris du 5 décembre 1929 (2) statuant sur l'affaire *Veuve Seillière-Menier*. La situation était différente de celle de l'affaire *Crémieux*. Il s'agissait d'une clause des statuts d'une société en nom collectif autorisant, en cas de décès de l'un des associés, les survivants à racheter les droits sociaux des héritiers de l'associé décédé, le prix de rachat étant fixé à forfait d'après l'inventaire social. La demanderesse avait soutenu qu'une telle clause était contraire à la prohibition des pactes sur succession future.

La Cour n'admit pas son argumentation. Elle décida que la clause était valable en vertu de l'article 1868. En outre, elle invoqua un argument particulièrement intéressant

(1) CAPITANT, D. 1929.2.105, sous Trib. Seine, 24 décembre 1928 et D. 33.1.10 sous Cassation, 11 janvier 1933. M. CAPITANT a été suivi par M. MORIN dans sa thèse précitée, p. 95 et par M^{lle} GAZAGNE. Thèse Paris, 1932. *La continuation des sociétés de personnes par les héritiers*, p. 175, n° 111.

(2) G. Paris, 5 décembre 1929. D. 31.2.4 (note CAPITANT) ; S. 30.2.57 (note GÉNY) ; J. N., 20 mars 1930, art. 36.158, p. 287 et s.

pour les partisans de la clause commerciale contrat *post mortem* :

« Considérant que la clause de rachat, stipulée au profit des associés survivants, n'a pas pour objet de leur attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte ; qu'elle équivaut à une promesse de vente dont l'effet se produira, s'il y a lieu, après la mort de l'associé qui l'a consentie ; que les droits sociaux, qui en sont l'objet, n'appartiendront pas éventuellement aux associés survivants à titre successif mais en vertu d'un contrat à titre onéreux, dont les dispositions, arrêtées en commun accord, demeurent simplement suspendues jusqu'à réalisation d'un événement incertain... ».

M. CAPITANT a combattu ces arguments et surtout le second qui, « s'il était exact vaudrait, quoi qu'en pense la Cour, pour le contrat de mariage comme pour l'acte de société ». L'article 1868, s'il autorise la continuation entre les associés survivants, n'envisage pas le rachat des droits de l'associé décédé auprès de ses héritiers. Quant à l'analyse de la clause en promesse de vente conditionnelle, M. CAPITANT la rejette. Le contractant a créé une obligation non contre lui, mais contre ses héritiers. C'est un pacte successoral (1).

Donc lorsque la clause des statuts permet au conjoint la conservation à titre onéreux des droits de l'associé décédé, c'est pour l'éminent professeur une stipulation pour autrui valable ; au contraire lorsque la clause autorise le rachat de la part de cet associé décédé par les survivants, c'est un pacte successoral.

Pourquoi des solutions aussi différentes ? C'est que dans l'affaire *Menier* les bénéficiaires éventuels étaient parties à l'acte, et non des tiers comme dans l'espèce du 24 décembre 1928, et que de plus l'engagement du stipulant était irrévocable. Or nous connaissons la raison qui, aux yeux de M. CAPITANT, justifie encore de nos jours la

(1) En ce sens, Trib. civ. Seine, 27 déc. 1933, précité.

prohibition des pactes successoraux : le désir du législateur de protéger les contractants contre leur imprévoyance.

30. — M. ESMEIN semble admettre la même thèse, mais il se demande si la clause des statuts est suffisamment révocable. Ne faut-il pas le consentement des autres associés ? Il ne le pense pas : « Bien qu'en principe aucune clause du pacte social, dans une société de personnes, ne puisse être modifiée que du consentement de tous les associés, ou à une certaine majorité, suivant les sociétés, nous croyons qu'il faut faire exception pour les clauses qui n'intéressent la société qu'indirectement, et sans que l'on sache si l'exercice éventuel de la faculté concédée sera favorable, défavorable ou indifférent à la société (1). »

31. — Si nous pouvons admettre le point de vue de M. ESMEIN lorsque la société a une durée bien déterminée, car il ne paraît pas qu'il y ait d'obstacle à ce que l'un des associés décide que, contrairement à la clause des statuts, son conjoint ne le remplacera pas, il n'en est plus de même lorsqu'il est stipulé, comme dans l'affaire *Crémieux*, que, faute par le conjoint d'opter pour la continuation de la société, celle-ci serait dissoute. Nous avons là un des points essentiels du pacte social, la durée de la société, qui ne peut être modifié sans le consentement de tous les intéressés. Il n'est pas indifférent à ceux-ci de savoir si la société continuera ou non.

Mais en supposant même que ce consentement ne soit pas nécessaire, que cette clause puisse toujours être transformée, que faudrait-il décider si, par son acceptation au cours du mariage, le conjoint bénéficiaire rendait définitive, irrévocable la stipulation ? Ne serions-nous pas à nouveau en présence de la prohibition des pactes sur succession future ?

M. GÉNY est affirmatif : « Donc à partir tout au moins de l'acceptation du tiers, le stipulant est définitivement lié

(1) ESMEIN, D. H. 1933. *Chr.*, p. 62, note précitée.

et le danger qu'on prétend reconnaître aux pactes sur succession future justifie le maintien de la prohibition en l'hypothèse (1). »

Toutefois, on pourrait répondre à M. GÉNY que les rédacteurs du Code civil ont prévu l'acceptation avant le décès du stipulant. L'article 1121 décide en effet que celui qui a fait une stipulation au profit d'un tiers ne peut la révoquer, si celui-ci a déclaré vouloir en profiter.

32. — Cette objection n'a du reste aucune influence sur la thèse de M. GÉNY, car c'est à la stipulation pour autrui en général qu'il s'attaque. Après en avoir analysé les caractères d'après la doctrine et la jurisprudence la plus large, il étudie si l'article 1121 est conforme au principe de l'article 1130 et il ajoute : « Mais on ne peut élargir la règle de l'article 1121 et admettre que cet effet, exceptionnellement reconnu, peut dépasser celui d'un contrat proprement dit entre stipulant et promettant, et notamment enfreindre la prohibition tout à fait générale des pactes ou « stipulations » sur succession future (art. 791, 1130, 1389, 1600) qui, par sa nature et sa raison d'être, limite toute expression de l'autonomie des volontés entre vifs (« On ne peut, dit l'article 1130, renoncer à une succession non ouverte ni faire aucune *stipulation* sur une pareille succession »). Il serait absurde, semble-t-il, de concéder à un contrat en faveur de tiers ce qui est interdit à des contractants directs (2). »

33. — Nous ne discuterons pas cette argumentation que M. le Doyen GÉNY a présentée comme une conséquence logique de la thèse de M. CAPITANT. Il est à remarquer en effet, qu'à ses yeux, il le dit lui-même (3), la clause du pacte social est valable.

Nous poserons seulement la question suivante :

La clause du contrat social réalise-t-elle une stipulation pour autrui ?

(1) GÉNY, note au S. 1930.2.98, *loc. cit.*

(2) GÉNY, note au S. 1930.2.98, *loc. cit.*

(3) GÉNY, S. 1933.1.164, col. 2, § 2 *in fine*, *loc. cit.*

On peut définir la stipulation pour autrui une opération juridique par laquelle deux personnes qui contractent ensemble, le stipulant et le promettant, créent un lien d'obligation entre elles et font naître une créance au profit d'un tiers appelé bénéficiaire.

L'article 1119 paraît en interdire l'usage dans notre droit, lorsqu'il décide qu'on ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même. La stipulation pour autrui apparaît impossible. La raison de cette règle ? C'est que le stipulant, n'ayant pas d'intérêt dans la convention, ne pourra en assurer l'exécution. Le principe « pas d'intérêt pas d'action » serait à la base de l'article 1119. Mais dans tous les cas où le stipulant aura cet intérêt, la stipulation sera valable. C'est ce qui résulte de l'article 1121.

Nous savons que la doctrine et la jurisprudence ont étendu considérablement le champ d'application de ce texte, en admettant le stipulant à faire valoir simplement un intérêt moral.

Dans le pacte social cet intérêt moral existe, mais les autres conditions de la stipulation pour autrui sont-elles remplies ? Nous ne le pensons pas.

Tout d'abord la stipulation de l'acte de société ne peut être acceptée, par le bénéficiaire, qu'à la mort du stipulant. Solution logique, puisque cet événement seul a été pris en considération pour permettre l'exercice de l'option. Or ce n'est pas là la cause nécessaire de la dissolution du mariage ; il faut en attendre l'arrivée. Toute acceptation antérieure apparaîtrait comme prématurée.

Au contraire, cette acceptation, avec la stipulation de l'article 1121, peut intervenir à n'importe quel moment.

En outre, la stipulation pour autrui exige l'existence de trois personnes : le promettant, le stipulant et le bénéficiaire, et au moins la présence, au moment du pacte, de deux personnes, le promettant et le stipulant. Dans la clause du pacte social nous voyons bien le stipulant et le bénéficiaire, qui sont les deux époux, mais il reste à déterminer le promettant ? Faut-il décider que ce sont les co-

associés en nom ? Il semble que, seuls, ils puissent avoir cette qualité. Mais quel est l'objet de leur engagement, de leur promesse ? Ce n'est pas, certainement, la vente des droits sociaux du stipulant qui, au décès, feront déjà partie de la succession. Tout ce qu'ils peuvent promettre c'est l'acceptation du conjoint comme associé, pour éviter la dissolution de la société.

La cession des droits sociaux ne peut être l'œuvre que des co-ayants droit à la succession. Or ils n'ont pas été parties à l'acte.

Mais alors quelle est la source de leur obligation ? Elle ne peut résulter que d'une promesse pour autrui ou d'une stipulation sur une succession non ouverte.

La clause des statuts comprendrait donc une stipulation pour autrui valable en tant qu'elle permettrait au conjoint survivant d'entrer dans la société, et une convention nulle en tant qu'elle obligerait les héritiers de l'associé prémourant à céder moyennant un prix, à son conjoint, leurs droits dans l'actif social.

Pour M. MOREAU, cette clause ne saurait échapper à la prohibition de l'article 1130. Comme la clause commerciale condamnée, elle constitue une convention à titre onéreux qui porte sur des biens que l'associé laissera à son décès. Il est impossible de la valider en invoquant l'article 1868 car ce texte n'a pas prévu le cas présent. Elle reste donc sous l'empire du droit commun. A titre onéreux, c'est-à-dire imposant au bénéficiaire l'obligation de payer aux héritiers du défunt la valeur intégrale des droits sociaux repris, elle paraît incontestablement « avoir pour objet d'attribuer à ce bénéficiaire la faculté d'acheter, et aux héritiers de vendre, après la mort du stipulant, le droit social qui fera partie de l'hérédité de celui-ci, et c'est précisément là ce qui, aux yeux de la Cour de cassation, caractérise le pacte sur succession future (1) ».

(1) MOREAU, *Rec. civ. et Not. des jurisclasseurs*, 20 novembre 1933, n° 22, p. 644, col. 2, *loc. cit.* et *Sem. jur.*, 1933, p. 187, *op. cit.*

Nous nous rallions sans réserve à cette thèse. Etant donné la décision de la Cour suprême, il semble difficile de donner une solution différente pour cette convention dont nous avons signalé tous les points communs avec la clause annulée. Regrettons que cette Cour n'ait pas donné son avis sur la question, mais en réalité elle n'avait pas à le faire.

§ 2. — *Effets sur la clause de droit au bail.*

34. — Nous ne voulons pas étudier sous ce titre le droit pour le conjoint de continuer le bail, consenti par un tiers, des immeubles dans lesquels s'exploite le fonds de commerce propre ou commun, mais la partie de la clause commerciale des contrats de mariage accordant au bénéficiaire la faculté d'exiger, des héritiers du prémourant, un bail des immeubles dépendant de la succession, et qui est rédigée habituellement de la façon suivante :

« Si le fonds ou établissement est exploité dans une maison (ou sur des immeubles) dépendant de la communauté *ou de la succession du prédécédé*, les héritiers de celui-ci seront tenus, dans le cas où le survivant l'exigerait, de lui passer bail des lieux où s'exploiterait ledit fonds de commerce ou établissement commercial et de ceux nécessaires à l'habitation dudit survivant pour trois, six ou neuf années, au choix de ce dernier, aux prix, charges et conditions qui seraient fixés à l'amiable ou, à défaut d'accord, par experts choisis et nommés comme il a été dit ci-dessus, et en lui laissant, par une clause expresse, la faculté de transporter ou sous-louer ses droits audit bail, en demeurant garant de l'exécution de ce dernier ».

35. — Nous voulons déterminer, comme pour la stipulation des statuts de société, si, avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui a vu, dans la clause de conservation d'un propre à titre onéreux, un pacte sur succession future parce que, par ce moyen, le conjoint avait attribué un

droit privatif sur une succession non ouverte, il est encore possible d'insérer cette formule dans les clauses considérées comme valables, c'est-à-dire lorsque la reprise du fonds est exercée à titre gratuit, si le fonds est propre, ou à titre onéreux, s'il dépend de la communauté.

Ces clauses ne renferment-elles pas une convention nulle ? Celle-ci n'a-t-elle pas pour objet de concéder ce droit privatif, source de nullité, élément du pacte sur succession future ? Ici encore nous devons nous demander si cette formule n'est pas contraire à l'article 1130.

Cette question fut soulevée, bien avant l'arrêt du 11 janvier 1933, par les auteurs, et surtout par les praticiens.

Dès 1923, M. FAUVEL avait vu la conséquence que l'on pouvait tirer de la condamnation de la clause commerciale :

« Serait nulle, par conséquent, la clause, si fréquente dans la pratique, en vertu de laquelle le survivant, conservant l'établissement industriel, commercial ou agricole dépendant de la communauté, aurait le droit d'exiger un bail des biens propres de la succession pouvant dépendre de la succession du prémourant et servant à l'exploitation du fonds objet de la clause conservation ; il y aurait là une convention à titre onéreux portant sur un bien propre de la succession. La promesse de bail serait ici inopérante pour la même raison que la promesse de vente (1). »

Cette conséquence est-elle exacte ?

Notons tout d'abord qu'il est impossible, à notre avis tout au moins, d'analyser cette promesse de bail en une libéralité. Nous avons vu, en effet, que les charges et conditions devaient être fixées par deux experts nommés par les parties. Ces experts, en cas de désaccord, devaient en désigner un troisième pour les départager.

Certes, il peut arriver que cette promesse de bail soit à titre gratuit. Il est permis de stipuler que le conjoint ne paiera aucun loyer. La validité d'une telle convention n'a jamais été mise en doute. C'est, du reste, plus un abandon

(1) FAUVEL, *J. N.*, 20 août 1923, p. 535, *loc. cit.*

de jouissance qu'un bail proprement dit, qui doit contenir un prix. L'objet d'une libéralité est très varié. Rien ne s'oppose à ce qu'il soit un droit de jouissance, un droit d'habitation. Tout récemment encore, la Cour de cassation (1) a reconnu la valeur de semblables stipulations.

Mais avec la formule rapportée nous avons affaire à un acte à titre onéreux. C'est une promesse de bail à réaliser au décès du promettant. L'époux propriétaire des immeubles donne à son conjoint, pour le cas où celui-ci lui survivra, la faculté de se faire consentir un bail par ses héritiers pour un prix à fixer à ce moment-là.

Ne sont-ce pas là les termes mêmes employés par M. CAPITANT, dans son analyse de la clause commerciale, pour la condamner ? Dès lors, n'y a-t-il pas là aussi une atteinte à la prohibition des pactes sur succession future ?

36. — Cette notion de pacte, nous l'avons déjà remarqué, est très obscure. Les rédacteurs du Code civil ont insisté à différentes reprises, dans de nombreux textes, sur cette cause de nullité, mais ils n'en ont pas énuméré les caractères.

L'article 791 prohibe l'aliénation des droits éventuels qu'on peut avoir sur la succession d'un homme vivant. L'article 1130 interdit la renonciation à une succession non ouverte et en général toutes stipulations sur pareille succession.

Quant à l'article 1389, il fait défense aux époux, lors de leur contrat, de passer toutes conventions destinées à changer l'ordre légal des successions soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux. Enfin, l'article 1600 interdit la vente de la succession d'une personne vivante même avec son consentement.

Les auteurs se sont efforcés de dégager de ces textes les éléments du pacte successoral ; mais des divergences profondes sont apparues.

(1) Cass. req., 11 mars 1931 ; *J. N.*, 5 janv. 1932, art. 36.958, p. 24.

Pour certains, tels LAURENT, AUBRY, RAU et DEMOGUE (1), il suffit que l'objet de la convention soit un bien qu'une personne laissera à son décès. C'est le *caractère héréditaire* des biens qui est pris en considération.

Cette façon de voir étend le domaine de la prohibition et c'est pourquoi d'autres auteurs, comme M. NAST (2), exigent, en outre, que le bénéficiaire ait un *titre successif* ou successoral. M. SOLUS (3) a adopté ce point de vue :

« Le trait spécifique du pacte sur succession future réside dans ce fait que le droit qui fait l'objet de la convention doit être envisagé, dans la personne du cessionnaire, comme un droit successif que l'époux possédait déjà ou que le disposant lui conférerait par rapport à la succession. »

Pour M. HÉMARD (4), le pacte doit influencer sur la dévolution héréditaire *ab intestat* soit pour l'établir, soit pour la modifier, soit pour l'écarter. Il doit en outre présenter trois caractères : contractuel, successoral, éventuel.

Enfin, pour LAROMBIÈRE (5) il faut encore que le pacte soit fait *en prévision* de l'ouverture de la succession.

Un jugement du Tribunal de la Seine a décidé en ce sens :

« Attendu, en effet, qu'aux termes d'une doctrine et d'une jurisprudence constantes trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait pacte sur succession future : le pacte doit être fait dans la prévision de l'ouverture d'une succession, c'est-à-dire avoir pour but direct le règlement de cette succession ; la chose objet du pacte doit se trouver dans cette succession ; il faut enfin

(1) LAURENT, *Principes de Droit civ. franç.*, t. 16, 3^e édit., 1878, p. 141, n^o 103 ; AUBRY et RAU, *Cours de Droit civ. franç.*, 5^e édit., 1902, t. 4, al. 344, p. 542 ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, 2.1923, p. 758.

(2) NAST, *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, Thèse Paris, 1905, p. 298.

(3) SOLUS, *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 avril 1933, art. 23.434, p. 213.

(4) HÉMARD, *Cours de licence 3^e année*, 1928-1929, p. 793 et s.

(5) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 1857 sous 1130, n^o 18, p. 251.

qu'elle soit considérée comme devant appartenir au promettant à titre successif » (1).

La Cour de cassation, dans son arrêt du 11 janvier 1933, n'a pas pris parti de façon aussi nette. Elle a décidé qu'était nulle toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur une succession non ouverte.

37. — Cette étude de la doctrine et de la jurisprudence ne nous permet pas de tirer une conclusion précise pour déterminer si la promesse de bail constitue un pacte.

Mais sachant l'influence exercée par M. le Professeur CAPITANT sur la décision des juges de Rouen qui, pour la première fois, annulèrent la clause commerciale en tant que pacte sur succession future, et dont les motifs invoqués furent repris par la Cour de cassation, nous pouvons nous en tenir à sa conception du pacte exposée au cours de la controverse qui l'opposa à M. le Doyen GÉNY.

Dans sa note au *Dalloz* de 1929 (2) M. CAPITANT commente l'article 1130 en ces termes :

« Sont donc prohibées toutes les conventions par lesquelles une personne concède à une autre un droit, non sur ses biens actuels, mais sur sa succession, c'est-à-dire un droit qui s'ouvrira au décès du promettant et naîtra directement contre ses héritiers. »

Mais il distingue deux catégories de pactes : les pactes à titre gratuit et les pactes à titre onéreux.

Le type même du pacte de la première catégorie est l'institution contractuelle, valable parce que spécialement autorisée par le Code. Trois traits la caractérisent :

1° L'institué acquiert la qualité d'héritier du promettant à titre irrévocable (seules les aliénations à titre onéreux sont valables).

(1) T. Seine, 4 juillet 1924 (Aff. *Dufayet c. époux Vig'n*). *Gaz. Pal.*, 1924.2, p. 652.

(2) CAPITANT, note au D. 29.2.105 précit. sous Seine, 24 décembre 1928 (Aff. *Crémieux*), *loc. cit.*

2° Il n'a toutefois qu'un droit éventuel. Il succédera si le donateur meurt avant lui.

3° Enfin ce droit n'existe pas contre le donateur. Il s'exercera contre les héritiers, contre la succession.

Mais le premier trait, le caractère successoral du droit, objet de la convention, ne se retrouve que dans les pactes à titre gratuit, non dans ceux à titre onéreux.

La vente d'une succession non ouverte est, certes, un pacte, mais l'acquéreur n'a jamais la qualité de successible. Il est simplement acheteur.

L'élément essentiel est donc le caractère d'*éventualité* du droit. Le bénéficiaire n'en disposera que s'il survit au promettant, lequel est d'ailleurs engagé irrévocablement. Et ceci semble évident si l'on admet avec M. CAPITANT que la raison de la prohibition est d'empêcher l'individu de disposer, pendant sa vie, par des engagements définitifs, de tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès.

En résumé, deux conditions doivent être remplies pour qu'il y ait pacte : il faut que le droit concédé soit un droit éventuel et en outre qu'il s'exerce, non contre le stipulant, mais contre sa succession.

38. — Or la faculté accordée au bénéficiaire de la promesse de bail constitue bien le droit éventuel exigé. Il ne pourra s'en prévaloir qu'au cas de survie. Le prédécès du propriétaire des immeubles est une sorte de condition mise à l'exercice du droit. De plus, ce seront les héritiers qui auront l'obligation de passer un bail d'immeubles qui dépendront de la succession, qui seront déjà leur propriété.

Il y aurait donc atteinte à la prohibition de l'article 1130. Et c'est la conclusion à laquelle parvient M. le Doyen GÉNY :

« Mais en tant du moins que cette convention additionnelle vise le bail d'un immeuble propre à l'époux prédécédé, il est clair que, dans la théorie de M. CAPITANT, elle constitue, *in parte qua*, un pacte sur succession future prohibé, exactement pour les mêmes motifs qui font condam-

ner à ce titre la clause de reprise appliquée à l'ensemble du fonds de commerce propre à l'époux prémourant. La justification proposée par M. CAPITANT, si elle peut valoir pour la promesse de bail relative à un bien de communauté, ne peut pas plus légitimer la promesse de bail d'un immeuble propre, imposée aux héritiers du promettant pour après sa mort, qu'elle ne légitimerait la promesse de vente d'un bien propre imposée aux héritiers, en laquelle s'analyse la clause de reprise du fonds de commerce propre telle que l'analyse, pour la condamner, M. CAPITANT (1). »

Mais il est à remarquer que M. CAPITANT, contrairement aux prévisions, en a admis la validité, implicitement d'ailleurs, dans la rédaction de la clause de prélèvement qu'il a établie. On peut y lire en effet dans la première partie (I. — Etablissement faisant partie de la communauté) :

« Si ledit établissement était exploité dans un immeuble dépendant de la communauté ou « *propre* » à l'époux prédécédé, le survivant pourrait exiger qu'il lui soit passé bail des lieux occupés par ledit établissement et nécessaires à son habitation personnelle pour neuf années au moins à compter du décès du prémourant, aux charges de droit et moyennant un loyer annuel et sous les conditions qui seront fixées à l'amiable, sinon par experts choisis ou nommés pour l'estimation de l'achalandage et accessoires (2). »

Très finement, M. DEYZAC a relevé ce point :

« M. le Professeur CAPITANT, dit-il, valide donc la clause qui autorise le survivant à exiger des héritiers de son conjoint qu'ils lui consentent un bail de l'immeuble propre à ce dernier. Il serait irrespectueux de notre part, et nous ne nous le permettrons pas, de supposer qu'en rédigeant cette formule, il est tombé dans la même erreur de droit qu'il reproche à la pratique notariale. Mais il nous est permis alors de nous demander comment l'éminent pro-

(1) GÉNY, S. 33.1.166, col. 2.

(2) CAPITANT, *Rev. crit.*, 1927, p. 58, n° 47, *loc. cit.*

fesseur peut voir dans une promesse de bail une stipulation valable alors qu'il voit un pacte sur succession future dans la promesse de vente. Les deux stipulations ne sont-elles pas identiques ? Ne doivent-elles pas être examinées sous le même jour, à la lumière des mêmes principes ? *Incontestablement si*. Et dès lors que l'on considère que la promesse de vente du fonds de commerce du défunt constitue un pacte sur succession future, de même l'on doit logiquement dire que constitue un pacte sur succession future la promesse de bail d'un immeuble propre (1). »

39. — Les juridictions ayant eu à connaître de cette question suivirent M. CAPITANT, à l'exception toutefois de la Cour d'Amiens (2) qui annula, comme contraire à la prohibition des pactes successoraux, une clause matrimoniale donnant au conjoint survivant, outre des droits sur un matériel agricole, le droit au bail des immeubles, soit de communauté soit propres aux époux, dans lesquels s'exploitait l'établissement. La Cour décida qu'une telle clause portait bien sur une quote-part des éléments d'une succession non ouverte, que de plus elle était de nature à porter atteinte à la réserve de certains héritiers.

Mais cette Cour se déjugait bientôt dans les circonstances suivantes. Deux époux, M. et M^{me} Denis-Huille, avaient adopté, pour base de leur union, le régime de la communauté d'acquêts. Leur contrat de mariage contenait la clause commerciale ordinaire, c'est-à-dire le droit de reprendre le fonds de communauté ou de succession et le droit au bail. A son décès, M. Denis, prémourant, exerçait un commerce de bestiaux qui lui était propre, comme étant déjà sa propriété avant le mariage, et de plus dirigeait, dans un immeuble propre également, une exploitation agricole mais de communauté. La veuve déclara opter pour la conservation du fonds de commerce de bestiaux

(1) DEYZAC, *J. du Not.*, 10 déc. 1928, précité, p. 756, *loc. cit.*

(2) Amiens, 27 juin 1928, aff. *Hutin-Couturier*. D. H. 1928, p. 548 ; *J. N.*, 20 juin 1929, art. 35.919, p. 485 ; *R. N.* (*La Basoche*), 1928, p. 467.

et de l'exploitation. Sur contestation des héritiers, le Tribunal de l'Aisne, section de Saint-Quentin, par jugement du 23 juin 1927, déclara cette option valable, en évitant toutefois de statuer sur la clause afférente à la continuation du commerce de bestiaux. Sur appel, la Cour annula cette dernière clause, mais confirma le jugement pour les autres parties litigieuses. En ce qui concerne la promesse de bail, elle admit « le principe de l'expertise et la mission de trois experts, tout au moins en ce qu'ils avaient été chargés de déterminer, *parmi les immeubles de la communauté et de la succession*, ceux nécessaires à la continuation de l'exploitation agricole (1) ».

La Cour de Paris (2) a rendu une décision analogue mais en la motivant :

« Considérant qu'il n'est pas contesté que l'exploitation agricole en question, qui n'est pas comprise aux apports des époux, ne soit un bien dépendant de la communauté d'acquêts dont il a été légalement disposé par contrat de mariage et *qu'il faut en dire autant du droit au bail accessoire indivisible* de cette exploitation, même s'il a porté, pour une faible partie d'ailleurs en l'espèce, sur des immeubles dépendant de la succession comme propres à l'époux prédécédé... »

Enfin, la Cour de Douai a abondé dans le même sens, par un arrêt du 28 janvier 1931. En l'espèce des héritiers s'opposaient à l'exercice de la faculté accordée au survivant en invoquant, comme nous le soutenons ici, la nullité de la promesse de bail portant sur des propres du *de cujus*. Cette clause, disaient-ils, aboutissait à permettre au défunt la disposition du patrimoine des héritiers sans leur consentement.

La Cour les débouta de leur demande :

(1) C. Amiens, 14 février 1929. *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 juin 1929, art. 22.051, p. 353.

(2) C. de Paris, 14 janv. 1931, aff. cons. *Renard c. Vve Renard*. *Gaz. Pal.* 31.1.444 ; *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 30 avril 1931, art. 22.736, p. 274.

« Attendu qu'il faut considérer que le droit au bail est un élément essentiel de la valeur d'un fonds de commerce, et que cette valeur est en rapport étroit avec sa durée...

« Attendu que le *de cujus*, en concédant à sa veuve la location dont s'agit, n'a pas eu pour but unique de lui conférer, par une disposition spéciale, un droit privatif sur un immeuble dépendant de son hérédité, comme c'est le cas dans un pacte sur succession future ; qu'il a voulu avant tout lui permettre de continuer l'exploitation du fonds de commerce commun en lui assurant un droit au bail qui en constituait l'un des éléments essentiels » (1).

Si nous laissons l'argument invoqué par les juges de Douai qui ont prétendu que le *de cujus* n'avait pas concédé un droit privatif sur sa succession, ce qui à nos yeux est une pure affirmation à moins de décider que ce droit privatif, condition du pacte successoral, ne puisse résulter que d'un acte d'aliénation, deux positions sont possibles pour tenter de valider la promesse de bail :

En premier lieu, considérant la valeur relative de ce droit au bail, on peut prétendre qu'elle est de faible importance comparativement aux autres éléments considérés comme essentiels : clientèle et achalandage. Il ne serait qu'un accessoire du fonds de commerce, dont il doit suivre le sort. Incluse dans une convention valable, parce qu'ayant pour objet des biens de communauté, la promesse relative à ce droit au bail doit être réputée valable. On fait, en somme, une application du vieil adage : « l'accessoire suit le principal ».

En second lieu, reprenant une théorie présentée pour faire produire effet à la clause commerciale à titre onéreux, on peut soutenir que la promesse réalise une libéralité dont l'objet est un droit de créance d'une obligation de faire contre les héritiers.

40. — Que valent ces arguments ?

(1) C. Douai, 28 janvier 1931. *J. N.*, 5 octobre 1931, art. 36.838 ; *R. N. (Basoche)*, 1932.II.491.

Le premier ne nous paraît pas probant. Il est possible en effet de faire varier la valeur du droit au bail suivant les besoins de la cause. Pratiquement, elle est souvent considérable. Il nous est difficile de considérer ce droit comme un accessoire. De plus, un fonds de commerce est une universalité juridique composée de divers éléments : droit au bail, clientèle, achalandage, nom commercial, enseigne, marchandises, matériel, brevets d'invention ou marques de fabrique ; il importe peu de savoir lequel d'entre eux a la plus grande valeur.

Quant au second, avec M. DEYZAC, « nous ferons remarquer qu'il y a un certain illogisme à refuser de voir, dans la clause litigieuse (clause commerciale), la dation de l'obligation de transférer la propriété du fonds propre, comme contraire aux principes de l'institution contractuelle, et à y trouver cependant la dation de l'obligation de faire bail de l'immeuble propre (1) ».

Et nous sommes obligé de conclure qu'étant donné la solution de la Cour de cassation sur la clause commerciale dont l'objet est un propre, une solution analogue s'impose pour la promesse de bail. Cette convention est nulle.

41. — Mais que va-t-il en résulter pour la clause du contrat de mariage autorisant le conjoint survivant à conserver le fonds de communauté, clause dont la valeur n'a jamais été suspectée ? Voilà une convention, valable par elle-même, qui renferme une incidente frappée d'une nullité d'ordre public. Ce fait ne va-t-il pas entraîner l'inefficacité de toute la clause ? La promesse de bail en est une des parties les plus importantes : elle en est, si l'on peut s'exprimer ainsi, la condition. L'article 1172 ne va-t-il pas s'appliquer ? Et même si on ne fait pas jouer ici l'article 1172, aux termes duquel « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend », il reste cependant que l'exercice de la clause

(1) DEYZAC, *J. N.*, 5 mars 1931, art. 37.476, p. 232.

de conservation va perdre la plus grande partie de ses avantages. Un fonds n'a de valeur que par sa clientèle qui est en rapport étroit avec l'emplacement. De là l'importance du droit au bail et de la promesse de bail. Dans l'affaire *Paquien-Bouvier* (1), sur laquelle nous aurons à revenir, des experts nommés par ordonnance de référé estimèrent deux fonds de boucherie de la façon suivante : 100.000 francs et 350.000 francs pour chacun des droits au bail, et 150.000 francs et 200.000 francs pour les clientèles et achalandages. Si le bénéficiaire se voit opposer par les héritiers du prédécédé un refus à la réalisation de la promesse de bail, il renoncera à user de la faculté qui lui avait été réservée. Sans bail il serait obligé de transporter le siège de son commerce dans un autre endroit, et il n'est pas certain que la clientèle l'y suivrait.

Il ne voudra pas courir ce grand risque, il préférera s'abstenir.

§ 3. — *Effets sur la clause de reprise
en cas de renonciation de la femme à la communauté.*

42. — Aux termes du contrat de mariage la femme a le droit d'exercer les facultés qui lui ont été réservées, même en cas de renonciation à la communauté. Maintes fois la valeur de cette convention a été reconnue (2). Seule une controverse s'était établie sur sa nature juridique : réali-

(1) Trib. Seine, 28 mars 1930. S. 1932.2.1 (note GÉNY) ; *Gaz. Pal.* 31.1.445 ; *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 30 mai 1931, art. 22,760, p. 325.

(2) Liège, 4 décembre 1890. Pas. 91.2.128 ; Paris, 12 avril 1900. S. 04.2.39 ; D. 03.2.159 ; *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, art. 11.489.

Seine, 16 avril 1902. D. 02.2.239 ; Coulommiers, 8 mai 1903. S. 1906.2.23 ; *Rép. gén. prat. du Not. et Enregist.*, art. 13.118 ; Seine, 14 mai 1906. S. 09.2.262 ; *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, art. 15.129 ; Besançon, 10 juillet 1907. S. 08.2.121 (note WAHL) ; Paris, 11 décembre 1924. D. H. 25.2.39 ; *Gaz. Pal.* 25.1.403 ; *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, art. 20.877 ; S. 29.2.73 (note E. H. PERREAU) et Cass. civ., 5 juillet 1932, *R. N. (Basoche)*, 1933.II.422.

sait-elle une vente ou devait-elle être considérée comme une convention de mariage ? Cette dernière opinion a paru l'emporter.

Les défenseurs de la clause commerciale ont tenté de tirer argument de l'analogie présentée par la reprise d'un fonds de communauté par une femme renonçante et la reprise d'un fonds propre. A première vue il ne semble pas qu'il y ait de différences entre les deux situations, lorsque, dans les deux cas, le paiement d'une indemnité est imposé au bénéficiaire. Par le fait de la renonciation les biens communs et les propres du mari sont confondus. La femme est réputée n'avoir pas eu la co-propriété de ces biens de communauté. L'article 1492 stipule que, dans ce cas, elle perd toute espèce de droit sur cette communauté et même sur le mobilier qui y est entré de son chef. On décide que cet effet se produit rétroactivement, par application de la règle de l'article 785 que l'on étend à la renonciation à la communauté : l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. La femme prend donc le fonds de commerce dans la succession du mari, ainsi que cela se passe avec la clause condamnée. Si l'on admet la validité dans le premier cas, pourquoi ne pas l'admettre également dans le second (1) ?

43. — M. CAPITANT a repoussé cette objection. Pour lui, en effet, la clause permettant la reprise à la femme renonçante est valable. Elle est une forme du préciput conventionnel de l'article 1515 du Code civil. En vertu de ce texte, la clause par laquelle l'époux survivant est autorisé à prélever, avant tout partage, une certaine somme ou une certaine quantité d'effets mobiliers en nature, ne donne droit à ce prélèvement au profit de la femme survivante que lorsqu'elle accepte la communauté, *à moins que le contrat de mariage ne lui ait réservé ce droit même en renonçant*.

Ce qui différencie les deux situations c'est que lorsque

(1) NAST, *Rev. crit.*, 1924, p. 538, *op. cit.*

la femme renonçante exerce son option, elle prélève un bien ayant fait partie de la communauté, tandis que lorsque le fonds dépend de la succession du mari, il a toujours été propre à celui-ci. Le but de l'article 1515 est d'assurer à la femme, quelles que soient les circonstances, un droit sur une partie des valeurs communes. Grâce à cette convention, la femme acquiert, dès le contrat de mariage, un droit sur le fonds, droit qui s'affirmera au moment de la dissolution de la communauté. Le préciput constituerait donc une sorte d'attribution anticipée de biens communs. C'est donc dans la communauté que la femme prend le fonds, « à titre de partage » et « en vertu d'une convention entre associés ». Et M. CAPITANT conclut : « Quand, au contraire, la clause a pour objet un fonds appartenant en propre au mari, elle est nulle parce qu'elle constitue un acte à titre onéreux, une promesse de vente portant sur une valeur qui fera nécessairement partie de la succession de celui-ci (1). »

44. — Sans parvenir à la même conclusion, M. NAST adopte un point de vue presque identique : « C'est en vertu de son contrat de mariage que la femme conserve ou prélève le fonds, c'est-à-dire en vertu d'une clause que le Code civil, dans son article 1515, considère en toute hypothèse comme une convention entre associés. Malgré la renonciation de la femme, le fonds de commerce n'en a pas moins été un bien de communauté, c'est-à-dire un bien indivis entre les époux, un bien social ; et la clause commerciale, même en cas de renonciation de la femme, ne perd pas son caractère de convention relative à un bien de communauté, *de convention entre associés* (2). »

Mais M. NAST se sépare de M. CAPITANT quand il s'agit de déterminer le titre en vertu duquel la femme opère le prélèvement. Il n'admet pas que ce soit à titre de « *co-par-*

(1) CAPITANT, note au D. 1933.2.2, col. 2, *loc. cit.* et *op. cit.*

(2) NAST, *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 28 février 1929, art. 21.939, p. 106 et 107.

tagant ». La renonciation a eu pour effet de faire disparaître la masse commune. Tous les biens communs font désormais partie de la succession du mari ; il ne peut plus y avoir partage. En réalité elle prélève le fonds à titre de « *propriétaire* », comme pour les linges et hardes à son usage qu'elle retire de la communauté en vertu de l'alinéa 2 de l'article 1492. Son option empêche le fonds d'entrer dans la succession du mari.

45. — Parmi les auteurs et les praticiens intervenus dans la controverse sur la validité de la clause commerciale, certains, tel M. DICHAMP (1), ont eu pour unique préoccupation de savoir si la stipulation du contrat de mariage au profit de la femme renonçante gardait le caractère de convention de mariage attribué à la clause de reprise d'un fonds commun par une femme acceptante; mais les autres, en majorité, ont posé le problème de la valeur juridique de cette clause et ont conclu dans le sens affirmatif. Seuls, MM. VIALLETON et MOREAU ont émis un avis opposé. Pas plus que la clause de reprise d'un fonds propre, la clause de conservation du fonds de communauté par la femme renonçante ne serait valable. Et il nous faut reconnaître que leurs arguments ne manquent pas de force.

M. MOREAU (2) s'est élevé contre la thèse de M. NAST. Il ne lui semble pas possible que la femme prélève le fonds en vertu d'une convention entre associés et à titre de propriétaire.

« D'abord peut-on concevoir que la femme tienne un droit quelconque du pacte entre associés quand elle a renoncé à l'association de telle sorte que celle-ci soit réputée n'avoir jamais existé ? En somme, la femme qui répudie la communauté ne dénonce pas seulement le contrat de société, elle l'efface rétroactivement, et l'on ne comprend donc pas qu'il puisse encore produire effet, surtout un effet d'attribution de certains objets sociaux. Il

(1) DICHAMP, *R. N. (La Basoche)*, 1921, p. 212 et s.

(2) MOREAU, *Sem. jur.*, 1929, p. 447.

semble bien que le code ne le comprenne pas non plus, car aucune des stipulations qu'il qualifie lui-même « conventions entre associés » (art. 1522-1525) ne survit, même partiellement, à la répudiation de la communauté. M. NAST cite bien l'article 1492 (reprise des linges et hardes) mais quel rapprochement peut-on faire entre cette disposition légale, dictée par un motif d'humanité et dont la doctrine restreint d'ailleurs le plus possible la portée, et une convention qui porte sur un fonds de commerce ? »

Et M. MOREAU suppose un instant qu'il y ait prélèvement. Comment va-t-il s'opérer ? Ce ne peut être sur la succession du mari, car nous nous trouverions en présence de la même objection que pour la clause commerciale ayant pour objet un propre. Si la femme exerce son prélèvement à titre de propriétaire, c'est que le fonds n'existe ni dans la communauté ni dans la succession. Et on ne peut plus parler de prélèvement. Elle fait seulement valoir un droit de propriété. Mais alors, « ce qui est plus grave, les époux ont passé une convention d'après laquelle, en cas de renonciation par la femme à la communauté, le fonds n'entrera dans la succession que si la femme ne préfère pas l'acheter ».

La composition de l'actif héréditaire va donc dépendre de la décision de la femme. N'y a-t-il pas là pacte sur succession future ? Cette convention en vue de modifier la consistance de la succession est antérieure au décès ainsi que le requiert l'article 1130. « Ce qui est indéniable, c'est que la femme *« acquiert »* le fonds à la mort du mari, car on ne peut pas prétendre, j'imagine, qu'elle en était propriétaire exclusive dès le jour du contrat ; c'est encore qu'elle l'acquiert du consentement de son mari, puisque c'est une conséquence des conventions matrimoniales ; c'est aussi qu'elle ne l'acquiert pas gratuitement, mais en vertu d'une stipulation qui l'oblige à le remplacer dans le patrimoine héréditaire par de l'argent... »

46. — L'argumentation de M. MOREAU fait bien apparaître la possibilité d'annuler la stipulation en faveur de

la femme renonçante pour atteinte à la prohibition des pactes successoraux, mais elle laisse subsister le rapport d'analogie établi entre cette stipulation et le préciput de la femme renonçante de l'article 1515. Or ce préciput n'est pas susceptible d'encourir le reproche de l'article 1130 puisque spécialement prévu par la loi. Si la clause du contrat de mariage n'en est qu'une application, elle doit être soumise aux mêmes principes. Pour que la thèse de M. MOREAU puisse fonctionner il faut tout d'abord démontrer l'inexistence de l'analogie prétendue entre les deux situations, comme l'a fait M. le Professeur VIALLETON (1).

M. VIALLETON analyse en premier lieu l'article 1515. Il renferme deux sortes de préciput, le préciput de la femme acceptante et celui de la femme renonçante, qu'il désigne du nom de « *faux préciput* ».

Lorsque la femme exerce le préciput de la première catégorie, elle opère le remplacement dans la masse d'un bien de communauté par sa valeur. Elle réalise par là une modification de la masse commune en invoquant une convention du partage et entre associés. Il faut adopter une solution identique lorsqu'il s'agit de faux préciput, puisqu'on ne peut faire abstraction du texte qui le prévoit. Une partie des biens communs est envisagée à part et fait l'objet d'une option spéciale. « C'est là encore, bien qu'elle soit hybride et réalisée par des moyens détournés, une formule de partage. Quoiqu'il n'y ait pas, en présence de la renonciation, de partage proprement dit, la loi en fait un équivalent affaibli par le dédoublement de l'option qu'elle permet aux conventions matrimoniales d'organiser. »

M. VIALLETON ne retrouve pas ces éléments dans la clause de reprise par la femme renonçante. « Entre l'opération commutative poursuivie à sa diligence et la communauté, il se dresse la barrière de la renonciation dont aucun texte ne vient empêcher la clôture hermétique. »

(1) VIALLETON, note au S. 1926.1.169 sous Cass. civ., 16 décembre 1925, affaire *Vve Georges c. Boudu*.

POUR M. VIALLETON, l'article 1515, en effet, est un texte exceptionnel devant être interprété restrictivement.

La clause du contrat de mariage est une promesse de vente. « Elle présente tous les caractères qui l'ont fait déclarer contraire à la loi lorsque le droit de reprise est assigné à la femme sur un propre du mari. »

Etant donné l'arrêt du 11 janvier 1933 qui analyse la clause de conservation d'un fonds propre en une promesse de vente et non, comme certains auteurs l'avaient proposé, en une institution contractuelle, nous croyons devoir suivre M. VIALLETON et appliquer la solution de la Cour suprême aux anciens communs lorsqu'une indemnité égale à leur valeur doit être versée.

L'article 1516 n'ayant fait aucune distinction, le faux préciput de l'article 1515, pour reprendre l'expression du savant professeur, constitue « *en fait* », à notre avis, un avantage. Il eût été considéré comme tel si les rédacteurs du Code, n'en avaient décidé autrement et n'en avaient fait une convention de mariage. Il ne semble pas, cependant, que l'article 1516 ait visé une opération où, comme en l'espèce, le bénéficiaire doit fournir une contre-partie. N'eût-il pas été inutile en effet de préciser qu'elle ne constituait pas une libéralité ? C'est pourquoi nous pensons que l'article 1515 est inapplicable.

Peut-être aurait-on pu faire entrer la clause de reprise dans le cadre de ce texte et la valider, en y découvrant un élément gratuit ; peut-être aurait-on pu prétendre que le stipulant avait accordé à son conjoint un droit de créance d'une obligation de faire, mais nous savons que pareille thèse fut soutenue dans la controverse sur la validité de la clause commerciale et qu'elle ne trouva aucun crédit près de la Cour suprême. Il nous est donc impossible d'en faire état ici.

§ 4. — *Effets sur les donations entre vifs
avec clause commerciale.*

47. — Avant que la jurisprudence sur la clause commerciale ne fût fixée, les formulaires du notariat contenaient des modèles de rédaction de donations entre vifs avec faculté de conserver un établissement de commerce. Nous n'en donnerons pas ici la teneur car la formule employée n'était que la reproduction textuelle de la clause de fonds de commerce. Il suffit de signaler que, comme elle, elle envisageait aussi bien un fonds de communauté que de succession.

L'usage de ce genre de donation était peu répandu bien qu'il offrit l'avantage de remédier sur un point au défaut de contrat de mariage, et, quand les époux en avaient passé un, à l'absence de stipulation de conservation ou de reprise du fonds par le conjoint survivant. Mais la valeur de ces conventions avait été mise en doute. Dès 1902 un jugement du Tribunal de Chartres les avait condamnées comme contraires au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales :

« Attendu que l'acte de donation confère à l'époux la faculté de conserver l'établissement agricole avec droit au bail sur les bâtiments et les terres qui dépendraient de cet établissement ; que cette disposition affecte les règles du partage de la communauté légale..., qu'elle constitue un véritable gain de survie qui ne pouvait être établi que par le contrat de mariage ; qu'elle est nulle comme contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales » (1).

Aussi les rédacteurs de traités conseillaient-ils de ne pas insérer cette formule dans les donations entre époux (2).

(1) Chartres, 30 juillet 1902. *J. N.*, art. 27.957 ; *Gaz. Trib.* 1902. 2.460 ; *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, art. 12.844 ; Tab. dec. III, 7885.

(2) *Traité pratique et Formulaire général du Notariat Defrénois*, 2^e vol.;

48. — Dès le début de cette étude nous nous sommes placé sur le terrain de la prohibition des pactes sur succession future, aussi n'avons nous pas à traiter de cet aspect du problème, qui concerne plus spécialement les clauses de conservation des fonds de communauté, et pas davantage à nous préoccuper si, en cas de stipulation d'une indemnité, cette clause des donations est ou non contraire à l'article 1595.

Ce qui nous importe est de déterminer si la donation est conforme aux principes posés par les articles 1130 et 1389. La question ne soulève de difficultés qu'au cas où le bénéficiaire doit verser, aux héritiers du stipulant donateur, une somme égale à la valeur du fonds de communauté ou de succession. En effet lorsque la faculté est conférée à titre gratuit, il y a une institution contractuelle valable.

Les juges ne furent appelés à statuer sur la matière que récemment. En effet, c'est seulement en 1929 que le Tribunal de Rouen (1) eut à en connaître et qu'il se prononça dans le sens de la nullité en invoquant la fameuse prohibition. En l'espèce il s'agissait d'une convention ayant pour objet une exploitation agricole dépendant d'une communauté. Deux époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale. Par acte notarié du 5 novembre 1919, la femme fit donation à son mari de l'usufruit des biens devant composer sa succession ; il était en outre stipulé, « et le mari avait accepté », qu'il aurait la faculté de conserver, pour son compte personnel et à son profit exclusif, l'exploitation de la ferme qu'ils pourraient faire valoir lors du décès de la donatrice, *ensemble le mobilier, matériel, bestiaux, chevaux, instruments aratoires, labours, semences et récoltes de toute nature*, sous la condition de prendre le tout pour le montant de la prisee d'inventaire

1921, titre II ; *Des donations entre vifs et des testaments* ; Formule. 828, n° 4.203, p. 422.

(1) Trib. Rouen, 19 juin 1929. D. H. 29.567 ; J. N., 5 janv. 1930, art. 36.065 ; J. du Not., 10 mai 1930, p. 262 ; Rép. gén. prat. du Not. et Enreg., 15 sept. 1929, art. 22.130, p. 502.

ou de l'estimation de deux experts. Enfin le mari obtenait également la faculté de conserver aux mêmes conditions la maison, les bâtiments et les terrains servant à l'exploitation si ces biens dépendaient de la communauté ou de la succession de la donatrice.

Au décès de celle-ci ses héritiers intentèrent une action en liquidation et partage des communauté et succession. Mais le mari, invoquant la clause de conservation de l'exploitation agricole contenue dans l'acte du 5 novembre 1919, s'opposa à la licitation des immeubles et prétendit lever l'option qui lui avait été réservée.

Le Tribunal de Rouen, logique avec sa décision sur la clause commerciale, repoussa cette prétention. Pour lui en effet la clause de la donation ne constitue pas une libéralité, car le mari doit payer la valeur exacte de l'exploitation agricole. C'est une promesse de vente. Contenue dans un contrat de mariage, elle eut été valable parce que son objet était un bien de communauté ; il n'en est plus ainsi dans un acte postérieur à ce contrat. En l'espèce toutes les conditions du pacte sur succession future étaient réunies :

« Attendu que, tout d'abord, le pacte est fait dans la prévision de l'ouverture d'une succession ; que par l'effet de la promesse unilatérale de la dame M..., contenue à l'acte du 5 novembre 1919, la vente de l'exploitation agricole n'était pas réalisée, mais que la donatrice faisait un pacte sur sa propre succession et obligeait ses héritiers à vendre à son mari devenu veuf l'exploitation agricole dépendant de l'actif successoral qu'elle laisserait, et qu'elle avait ainsi stipulé sur un bien de sa succession ; que, d'autre part, la chose objet du pacte se trouve dans la succession et qu'enfin elle était considérée, lors de l'acte du 5 novembre 1919, comme devant appartenir au promettant à titre successif ; que, même au cours de la communauté légale et sous réserve des droits du mari, la femme est non seulement créancière, mais co-propriétaire des biens communs... »

Le point de départ de cette argumentation réside dans

la détermination de la nature juridique de l'opération et si l'on y voit une promesse de vente, il faut en reconnaître la nullité. Le problème est exactement le même que pour la clause de conservation d'un fonds propre. Deux moyens seulement s'offrent aux juristes pour faire produire effet à la clause contenue dans un acte à titre gratuit, c'est de l'analyser ou en un contrat *post mortem*, mais alors on se trouve en présence d'une autre prohibition celle de l'article 1595, ou en une institution contractuelle comme l'ont fait MM. MACHÉREAU, BASSET et NAST (1).

49. — Il est intéressant de noter que ce dernier argument a servi à la Cour d'appel de Rouen (2) pour infirmer le jugement que nous venons de rapporter. Il était cependant difficile, en l'espèce, de trouver dans la clause un élément de gratuité ; non seulement le mari devait, en cas d'exercice de la faculté, payer la valeur des matériel, instruments aratoires et cheptel, mais encore une indemnité était due pour les labours et semences. Pourtant les juges d'appel y sont parvenus :

« Mais attendu que ladite clause présente, au contraire, en l'espèce le caractère d'une libéralité ; qu'en effet, d'une part, les parties lui ont donné ce caractère par les termes mêmes employés dans sa rédaction ; que, d'autre part, l'intention de gratifier résulte du contexte de l'acte dont le but manifeste est de faire profiter l'époux survivant de tous les avantages dont la loi permettait à sa conjointe de disposer : donation de la quotité disponible la plus étendue, dispense de caution et d'emploi pour l'usufruit ; qu'enfin il doit résulter pour le bénéficiaire de la clause d'option un émolument certain ; qu'en effet, si elle l'oblige à tenir compte à la succession de sa femme de la juste valeur des éléments matériels de l'exploitation agricole, elle ne prévoit

(1) MACHÉREAU, Thèse précit., p. 37 ; BASSET, Thèse précit., p. 238, n° 155 ; NAST, *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 août 1929, art. 22.107, p. 444.

(2) C. Rouen, 28 octobre 1930. D. 1931.2.6 et 7 (note CAPITANT) ; S. 32.2.4 et 5 (note GÉNY) ; *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 janv. 1931, art. 22.623.

aucune prestation de sa part en contre-échange des profits d'ordre incorporel que représente la conservation de cette exploitation, la faculté de continuer la culture d'une terre dont il connaît de longue date les ressources et à laquelle il est naturellement attaché et d'éviter les impenses et risques que comporterait un changement de ferme ; que ces avantages ont une valeur qui peut être évaluée pécuniairement ; qu'ils suffisent pour donner à la disposition en question le caractère d'une donation avec charges et non d'un acte à titre onéreux. »

50. — Ce n'est pas sans étonnement qu'on lit ces motifs dans la décision d'une Cour d'appel dont l'un des arrêts est à la base de la nouvelle jurisprudence sur la clause commerciale dans les contrats de mariage. Dans l'affaire *Montloin* (il s'agissait, il est vrai, d'un fonds dépendant d'une succession, mais dans le cas présent nous n'avons pas à distinguer l'origine des biens) cette même Cour n'avait-elle pas rejeté la demande de la veuve prétendant que le droit d'option donné par son mari représentait une libéralité suffisant à imprimer à toute la disposition un caractère général de libéralité ? N'avait-elle pas décidé que *pas plus dans le fonds que dans la forme* la stipulation litigieuse ne représentait une donation ?

Faisant argument de cette partie de l'arrêt : « Attendu, d'une part, que les parties lui ont donné ce caractère par les termes mêmes employés dans sa rédaction ; que, d'autre part, l'intention de gratifier résulte du contexte de l'acte » ne faut-il pas conclure que les juges d'appel ont surtout pris en considération la forme de la convention ? Nous ne pouvons croire, en effet, que ce sont les quelques avantages énumérés dans les motifs qui ont emporté la décision favorable de la Cour. « Ils font en réalité partie de ces mobiles indéterminés et impondérables qui se rencontrent en toute opération juridique quelle qu'elle soit et qui manquent de la précision nécessaire pour fournir le critère juridique indispensable de l'enrichissement gratuit sans lequel il n'y a pas donation (1). »

(1) GÉNY, note au S. 32.2.4 et 5, *loc. cit.*

Si cette analyse de la clause des donations était exacte, elle vaudrait également pour la clause commerciale condamnée contenue dans les contrats de mariage, d'autant plus que le législateur a toujours été favorable aux conventions matrimoniales.

Peut-être faudrait-il voir dans cet arrêt un revirement de la jurisprudence de la Cour de Rouen, revirement tardif d'ailleurs puisque la Cour suprême s'est prononcée et a analysé la clause de fonds de commerce en une promesse de vente.

En résumé, la solution du Tribunal de Rouen nous paraît seule conforme aux principes de l'arrêt du 11 janvier 1933. Nous sommes en présence d'une donation renfermant une convention à titre onéreux susceptible d'être annulée pour plusieurs raisons, mais en particulier parce que « son objet est un bien considéré comme élément de la succession du disposant (1) ».

Conclusion

51. — Nous venons d'envisager la portée de l'arrêt du 11 janvier 1933. De l'affirmation, jugée par les auteurs « un peu trop sommaire et dénuée de la force d'un raisonnement convaincant », que la clause du contrat de mariage avait pour objet d'attribuer un droit privatif sur une succession non ouverte, nous avons déduit les conséquences suivantes :

1° L'arrêt de la Cour suprême condamne de façon définitive toute convention matrimoniale autorisant le conjoint survivant à conserver pour son compte personnel, contre paiement de leur valeur aux héritiers du prédécédé, les fonds de commerce, établissements industriels ou agricoles, les droits sociaux propres à l'époux prémourant.

2° Il faut étendre cette décision aux conventions visant aux mêmes buts, qu'elles fassent partie d'un contrat de société ou d'une donation entre vifs.

(1) CAPITANT, note au D. 31.2.6 et 7, *loc. cit.*

3° Enfin, fort de l'opinion de MM. DEYZAC, GÉNY, MOREAU et VIALLETON, nous pensons que la même règle doit s'appliquer aux clauses de conservation du fonds de communauté lorsqu'elles permettent l'exercice de l'option par la femme renonçante, et confèrent au survivant la faculté de se faire consentir par les héritiers un bail des immeubles successoraux.

Seules, désormais, sont licites les clauses commerciales portant sur un bien de communauté, sous condition de ne pas renfermer l'une des causes de nullité que nous avons signalées, et les clauses de reprise d'un propre à titre gratuit. Dans les deux cas elles constituent des conventions de mariage et entre associés.

Voilà le domaine de la clause commerciale singulièrement restreint.

C'est là le principal résultat de la condamnation de la clause de reprise d'un propre à titre onéreux. Cette constatation explique la diversité des solutions proposées par les partisans de la validité. Certains auteurs ont cependant regretté les controverses doctrinales nées aussitôt rendu le jugement de Rouen et ont prétendu qu'il n'y avait pas lieu d'attacher une telle importance à cette clause, que d'ailleurs elle était d'une application rare. Nous nous élevons contre cette opinion en invoquant non seulement les nombreuses décisions judiciaires sur la question, mais encore les conséquences, que nous avons déduites de l'arrêt du 11 janvier 1933, sur les parties accessoires des clauses reconnues valables ; il eut été heureux, en réalité, que les notaires aient eu l'occasion d'assister au triomphe de leurs défenseurs.

L'ingénieuse construction du notariat répondait à des besoins certains que la décision de la Cour de cassation a laissé subsister. Lorsque les futurs époux demanderont à leur notaire d'assurer au survivant d'entre eux la conservation du fonds commun ou propre, il ne sera pas possible à celui-ci de se retrancher derrière l'arrêt du 11 janvier 1933 et de se refuser à inclure la clause déclarée nulle. Une telle attitude serait contraire aux traditions du

notariat. Sa mission consiste à assurer l'exécution des volontés des contractants. Pour y parvenir dans le cas actuel il utilisera un des moyens détournés qui ont été préconisés depuis la condamnation de la clause de fonds de commerce et que nous allons étudier sous le titre « La réaction notariale. »

CHAPITRE III

La réaction notariale

52. — Nous avons dit déjà ce qu'avait été la réaction du notariat avant l'arrêt de la Cour de cassation. Nous avons vu les notaires mettre tous leurs espoirs dans la décision de la Cour suprême ; aussi ne faut-il pas s'étonner de trouver dans les contrats de mariage postérieurs aux jugement et arrêt de Rouen des clauses commerciales identiques aux clauses déclarées nulles. Rares sont les praticiens qui ont conseillé aux contractants de limiter l'effet de la clause de fonds de commerce à un établissement dépendant de la communauté ; c'eût été accorder trop d'importance à une décision de juges d'appel et cette solution aurait présenté un grave inconvénient au cas où la Cour de cassation se serait prononcée en faveur de la validité de la clause de reprise d'un fonds propre : Les stipulations du contrat de mariage eussent été considérées comme répondant exactement aux intentions des parties qui n'auraient pu se prévaloir de la nouvelle jurisprudence favorable.

En outre les formules proposées par M. DICHAMP et M. SAVATIER ne paraissent pas avoir reçu de nombreuses applications. En voici les rédactions, et tout d'abord celle de M. DICHAMP qui, nous l'avons vu (*supra*, n° 16), analyse la clause commerciale en une libéralité :

« La future épouse aura la faculté de se prévaloir de la présente clause même si elle renonce à la communauté ; si l'option porte sur un établissement dépendant de la succession du prémourant des futurs époux ou si elle est

exercée par la future épouse même renonçant à la communauté, la présente convention prendra le caractère et elle aura les effets d'une donation par l'époux prédécédé en faveur du conjoint survivant (1). »

M. le Professeur SAVATIER s'est placé sur le terrain des contrats *post mortem* :

« Les parties n'entendent donner à l'époux qui conserverait, en vertu des dispositions qui précèdent, moyennant estimation des biens propres à l'autre aucun droit successif sur l'hérédité de celui-ci ; les droits ci-dessus définis doivent être considérés comme pris sur le patrimoine actuel de l'époux propriétaire, et dès à présent concédés à l'autre, pour être exercés sous condition de survie et à partir de la mort du prédécédé, considérée comme simple terme suspensif (2). »

Ces auteurs estimaient donc pouvoir assurer la validité de la clause commerciale en faisant préciser aux parties leur intention de ne pas enfreindre l'interdiction des pactes sur succession future. Mais peut-on s'en remettre à la volonté des contractants lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a ou non infraction à une règle d'ordre public ?

Dans de nombreuses études on a ménagé l'avenir, soit en insérant dans la clause habituelle cette réserve : « si la loi et la jurisprudence le permettent », soit en faisant faire aux époux la déclaration suivante :

« Les futurs époux déclarent avoir une parfaite connaissance de la jurisprudence récente et divisée sur la validité de la clause ci-dessus en ce qu'elle est relative à la conservation d'un fonds de commerce dépendant de la succession du prémourant des époux et entendre lui donner la portée la plus étendue qui lui sera reconnue par la Cour de cassation (3). »

(1) DICHAMD, *R. N. (La Basoche)*, 1921, p. 223.

(2) SAVATIER, *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 avril 1929, p. 221.

(3) Nous trouvons la même formule dans la *Revue Nouvelle de La Basoche* : Enseignement professionnel théorique et pratique par les formules expliquées et les questions d'examen, 1928, p. 10.

53. — Depuis l'arrêt du 11 janvier 1933, en présence non plus d'une question controversée mais d'une condamnation nette, et qui semble définitive, de la clause commerciale dont l'objet est un établissement propre au prémourant, il est devenu impossible aux notaires de s'en tenir aux procédés dilatoires dont nous venons de parler sans engager leur responsabilité.

Mais comme le fait observer M. MOREAU, ce que la Cour de cassation a condamné « ce n'est pas ni ne pouvait être la transmission *post mortem* à l'un des époux d'un propre de l'autre, transmission ordonnée et réglementée par ce dernier, mais seulement la *forme* que la pratique avait cru pouvoir donner à cette réglementation (1) ».

C'est parce que la clause de conservation se présentait comme une promesse de vente qu'elle est tombée sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future.

54. — Eviter l'écueil de cette prohibition tout en assurant la réalisation des besoins auxquels répondait la clause annulée, tel devait être l'objet de la réaction notariale. Mais cette réaction a du s'exercer dans deux directions : a) dans le passé, s'efforcer tout d'abord de parer à la nullité des clauses commerciales insérées, avant l'arrêt du 11 janvier 1933, dans les contrats de mariage ; b) et *dans l'avenir*, assurer l'exécution des intentions des futurs contractants.

a) Dans le passé. Parmi les contrats antérieurs à la décision de la Cour de cassation il en est pour lesquels les notaires ne peuvent que constater leur impuissance. Ce sont les contrats qui ont déjà reçu exécution. Des héritiers pourront en effet agir en nullité contre les liquidations dans lesquelles les notaires ont tenu compte des clauses depuis condamnées. Aux termes de l'arrêt de la Cour suprême nous sommes ici en présence d'une nullité absolue. L'action des héritiers sera recevable pendant

(1) MOREAU, *Rec. civ. et Not. des Juriscl.*, 20 novembre 1933, art. préc.; p. 645, col. 1, *loc. cit.*

trente ans. Et les défendeurs ne pourront leur opposer un argument tiré de leur présence aux opérations d'inventaire, d'expertise, de liquidation et de partage. Comme l'ont soutenu les juges de Rouen, la rectification et l'exécution qui seraient données à ces clauses commerciales après l'ouverture de la succession ne sauraient réparer les conséquences de la prohibition qui les concerne. Les nullités absolues, en effet, ne sont pas de nature à être confirmées.

Il n'en est pas ainsi au contraire pour les clauses qui ne sont pas encore réalisées par l'arrivée de la condition du prédécès de l'époux propriétaire du fonds de commerce. Les notaires, au contraire, ont ici un excellent moyen d'assurer l'exercice de ces clauses : c'est en faisant confirmer, dans un testament, la volonté de cet époux d'accorder à son conjoint, en cas de survie, la faculté de conserver l'établissement commercial pouvant dépendre de sa succession. Une telle disposition testamentaire réalisant un legs du fonds de commerce propre, à charge par le légataire de verser la valeur de ce bien aux héritiers du testateur, est certainement valable du moins dans les limites de la question disponible.

L'emploi de l'institution contractuelle dans une donation entre époux ne paraît pas non plus devoir soulever d'objections, à la condition de comporter un élément de gratuité. Ce que nous avons estimé sujet à nullité (*supra*, p. 85) pour atteinte à la prohibition des pactes sur succession future (telle du moins, que cette prohibition est entendue par la Cour de cassation), c'est l'insertion dans une donation entre vifs de la clause commerciale « à titre onéreux ».

M. le Professeur SOLUS paraît soutenir un avis opposé lorsqu'il écrit : « L'immutabilité des conventions matrimoniales interdisant toute révision du contrat de mariage, nous ne voyons qu'un seul moyen offert à l'époux propriétaire du fonds de commerce propre en vue d'assurer à son conjoint le bénéfice de la conservation de ce der-

nier, c'est de recourir à une disposition testamentaire en faveur de ce conjoint (1). »

De ces termes ne doit-on pas déduire le rejet de l'institution contractuelle ? En réalité, M. SOLUS émet cet avis lorsqu'il traite du problème de rétablir la situation qu'assurait aux époux la clause commerciale. Or on ne peut arriver exactement à ce résultat, nous le verrons, qu'en stipulant, dans un acte complémentaire, l'obligation de *payer intégralement* la valeur du fonds. Une telle obligation dans une donation entre vifs ferait échec certainement au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est là l'un des motifs du jugement du Tribunal de Chartres (*supra*, p. 80).

Le Tribunal de Rouen (2) aurait pu invoquer la même raison. Pour soutenir cette idée nous faisons appel à l'opinion autorisée de M. CAPITANT :

« Une seconde raison, que le tribunal a négligée, s'opposait du reste en l'espèce à la validité de la clause. Elle résulte de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Cette règle, énoncée dans l'article 1395, interdit aux époux de modifier, pendant le mariage, la façon dont doit s'opérer le partage de la communauté. Ils ne peuvent pas, par exemple, convenir que le survivant d'entre eux aura droit à un préciput ou à une part de communauté supérieure à la moitié. Ils ne peuvent pas davantage stipuler le droit de prélèvement du fonds de commerce au profit du survivant. Les conventions de mariage ou entre associés ne sont permises que dans le contrat de mariage. Sans doute la femme *aurait pu faire donation* à son mari, pour le cas où il lui survivrait, du droit de conserver l'exploitation de la ferme avec tous les accessoires qu'elle comportait, car les donations de biens à venir ou institutions contractuelles sont permises entre époux, mais alors le mari aurait pris l'exploitation en qualité de donataire,

(1) SOLUS, *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 avril 1933, art. préc., p. 216.

(2) Rouen, 19 juin 1929, précité, *supra*, p. 81.

il aurait été soumis comme tel à la réduction pour atteinte à la réserve, étant déjà donataire de l'usufruit de tous les biens de sa femme (1). »

Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales laisse donc place aux contrats entre époux et en particulier aux donations.

En conclusion, nous pensons que pour remédier à la nullité des clauses commerciales des contrats de mariage antérieurs à l'arrêt du 11 janvier 1933 il existe deux procédés : le testament, qui permet le legs d'un ou plusieurs biens déterminés, avec ou sans charge égale à la valeur des biens légués et en outre, l'institution contractuelle mais à condition que cette institution, parce qu'elle est nécessairement une libéralité, ne comporte aucune charge pour l'institué ou du moins ne comporte qu'une charge inférieure à la valeur du fonds.

b) Dans l'avenir. Quelles solutions a-t-on proposées pour satisfaire désormais les desiderata des futurs époux ? En d'autres termes, et pour reprendre l'expression de

M. GÉNY, quels sont « *les succédanés* » de la clause condamnée ? Le notariat les a déduits de l'interprétation de la jurisprudence, et parmi ces procédés nous trouvons encore le testament et l'institution contractuelle.

Puisque la prohibition de l'article 1130 constituait le principal obstacle à l'exercice de la faculté de reprise du fonds de commerce propre, l'idée d'éviter cette cause de nullité par le testament devait venir tout naturellement à l'esprit des praticiens. Et comme d'autre part, la Cour de cassation n'avait condamné que les clauses autorisant le prélèvement des établissements commerciaux propres au prémourant contre paiement de leur valeur aux héritiers, la mise en communauté et l'institution contractuelle avec ou sans charge dans le contrat de mariage paraissaient suffisamment efficaces pour atteindre le résultat proposé. Le testament et l'institution contractuelle ont donc ces deux rôles à jouer.

(1) CAPITANT, D. 1931.2.6, note précitée sous C. Rouen, 28 octobre 1930.

Il eut été logique de consacrer à chacun d'eux une étude particulière pour chaque cas, régulariser le passé ou assurer l'avenir. Or il est dans nos intentions de prendre pour base de notre étude un modèle de testament établi par les rédacteurs du *Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement*. Et il nous apparaît que cette formule, rédigée pour atteindre le premier objet de la réaction du notariat, peut, sous réserve de légères modifications, servir à atteindre le second.

Nous pourrions donc condenser en un seul paragraphe l'examen des deux aspects du problème considéré du point de vue testamentaire.

Nous agirons de même pour l'institution contractuelle puisque la seule différence essentielle entre les donations de biens à venir par contrat de mariage ou par actes postérieurs au mariage réside dans la révocabilité de ces derniers.

55. — En résumé, sous ce titre de réaction notariale, nous allons envisager le testament, la mise en communauté, l'institution contractuelle, comme « *succédanés* » de la clause commerciale, dans des formules établies par les praticiens. Nous aurons à en apprécier la valeur. La formule idéale serait évidemment celle qui, sans enfreindre la prohibition des pactes sur succession future, serait capable d'atteindre les résultats suivants :

1° Rendre irrévocable au profit du bénéficiaire la faculté d'option pour la conservation du fonds.

2° Laisser cependant, durant le mariage, à l'époux propriétaire la libre disposition à titre gratuit ou onéreux de son fonds de commerce (Nous verrons qu'il n'y a pas contradiction entre ces deux premières propositions.)

3° Ne pas léser les héritiers.

Nous allons constater l'impossibilité de réunir en une même formule tous ces caractères.

§ 1^{er}. — *Le testament.*

56. — L'emploi du testament, tant pour remédier à la nullité de la clause commerciale dans les contrats de mariage antérieurs à l'arrêt de la Cour de cassation que pour remplacer la clause de reprise d'un fonds de commerce propre dans les nouveaux contrats de mariage, a été préconisé par MM. CAPITANT, FAUVEL, MOREAU et SOLUS (1).

Nous empruntons au *Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement* un modèle de rédaction de testament sous seing privé, tendant à corriger les conventions matrimoniales dans un sens conforme à la décision de la Cour suprême ; en voici le texte :

Ceci est mon testament.

« I. Je lègue à ma femme le droit de prendre et conserver pour son compte personnel, en pleine propriété, le fonds de commerce de..., qui m'appartient en propre comme l'ayant recueilli dans la succession de mon père, et tout autre fonds de commerce ou établissement commercial ou industriel qui, au jour de mon décès, pourrait m'appartenir personnellement à titre de bien propre, avec l'enseigne, le nom commercial, la clientèle, l'achalandage et le droit au bail ou à la location y attachés, le matériel servant à l'exploitation, et les matières premières et les marchandises en dépendant.

« Ce legs est fait à charge pour ma légataire de tenir compte à ma succession de la valeur desdits fonds de commerce ou établissement commercial ou industriel, d'après l'estimation qui en sera faite dans l'inventaire qui sera alors dressé par deux experts nommés respectivement par ma femme et mes héritiers ou représentants, avec faculté de s'en adjoindre un troisième en

(1) CAPITANT, note précit. D. 33.1.11 ; FAUVEL, *J. N.*, 20 octobre 1922 précit. ; MOREAU, *Rec. civ. et Not. des Juriscl.*, 20 novembre 1933, art. précit. ; SOLUS, *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 avril 1933, art. précité.

cas de désaccord ; à défaut d'accord sur le choix des experts, ceux-ci seront nommés judiciairement.

« Si ma femme entend user de la faculté à elle accordée, elle sera tenue au paiement des loyers ainsi qu'à l'exécution des charges et conditions du bail ou de la location, à partir du jour de mon décès, et au remboursement des loyers d'avance, s'il y a lieu.

Ma femme imputera la valeur du fonds ou établissement qu'elle conservera en vertu de la présente disposition sur le montant de ses droits de toute nature dans ma succession, et elle aura, pour se libérer envers mes héritiers et représentants, de ce qu'elle pourrait rester leur devoir après cette imputation, un terme et délai de cinq années, à compter du jour de mon décès, pour en faire le paiement par cinquième, d'année en année, avec intérêts au taux légal, payables par semestres.

Les sommes revenant à mes héritiers ou représentants, ou ce qui en resterait dû, deviendront de plein droit et immédiatement exigibles si ma femme venait à vendre, aliéner ou liquider lesdits fonds de commerce ou établissements, les donner en nantissement, les mettre en société, ou si elle décédait elle-même avant son entière libération, comme aussi en cas de convol en nouvelles noces.

Ma femme, si elle use de la faculté que je lui concède, aura également le droit à la location des locaux servant à notre habitation personnelle, à charge d'en payer le loyer et d'exécuter les charges et conditions de la location, comme il est dit ci-dessus pour les locaux commerciaux. Si le fonds ou l'établissement commercial ou industriel dont il s'agit sont exploités dans un immeuble dépendant de notre communauté, *ou de ma succession*, ma femme aura le droit d'exiger qu'il lui soit fait bail des lieux nécessaires à l'exploitation desdits fonds ou établissements et à son habitation, pour trois, six ou neuf années, à son choix, à compter du premier jour du terme ordinaire qui suivra mon décès aux charges de droit et moyennant un loyer annuel qui sera fixé à l'amiable, sinon par experts nommés comme il est dit ci-dessus, en laissant à ma femme, par une clause expresse, la faculté de transporter ce bail à son successeur dans le commerce en demeurant seulement garante solidaire de l'exécution de ses conditions et du paiement des loyers.

« Ma femme devra, à peine de déchéance, faire connaître sa volonté de prendre et conserver lesdits fonds ou établissement commercial et industriel, dans le mois de la mise en demeure qui lui sera faite au plus tôt trois mois après mon décès, si elle n'a pas encore à cette époque, fait connaître son intention.

II. Je lègue encore à ma femme le même droit de conservation pour les droits propres que je pourrais avoir, au jour de mon décès, dans toutes sociétés de quelque nature qu'elles soient, si les actes établissant les sociétés ne s'y opposent pas, à charge pour ma femme de tenir compte à ma succession de la valeur desdits droits d'après l'estimation qui en sera faite dans l'inventaire à dresser après mon décès, si les actes ou contrats sociaux permettent de dresser un inventaire ; dans le cas où ces actes ou contrats ne le permettraient pas, la valeur des droits sociaux conservés et dont ma femme aura à tenir compte sera fixée d'après les bases établies par les résultats du dernier inventaire social régulièrement dressé antérieurement à mon décès, ou s'il ne s'était pas encore écoulé un temps suffisant pour qu'un inventaire social ait été dressé depuis que ces droits seront devenus ma propriété d'après la valeur pour laquelle j'en serai devenu propriétaire, ou dans le cas de droits provenant d'apports faits au moyen de biens à moi propres, d'après l'estimation résultant pour lesdits droits des apports sociaux mêmes, sans que mes héritiers ou représentants aient, dans ces divers cas, rien à réclamer pour les bénéfices réalisés depuis le dernier inventaire social, depuis l'époque où je serai devenu propriétaire de ces droits ou depuis l'apport fait à la société, jusqu'au jour de mon décès, faisant, en tant que de besoin, legs à ma femme de ces bénéfices.

« Tout ce qui est dit ci-dessus relativement au fonds de commerce, en ce qui concerne l'imputation des sommes dues, les délais et conditions de paiement et le délai accordé à ma femme pour manifester son intention s'appliqueront aux droits sociaux.

« Si au jour de mon décès, je possède des droits sociaux dans diverses sociétés, ma femme pourra user du droit de conservation divisément, c'est-à-dire qu'elle pourra conserver tous mes droits dans une ou plusieurs sociétés, alors qu'elle ne voudrait

pas user du droit de conservation pour les droits que je pourrais posséder dans d'autres sociétés.

III. J'ajoute, que si je ne fais pas état du fonds de commerce et des droits sociaux qui dépendraient de la communauté existant entre ma femme et moi, c'est parce que les stipulations de notre contrat de mariage relatives aux fonds et droits sociaux dépendant de la communauté pourront recevoir éventuellement leur exécution, les présentes dispositions n'étant prises par moi que pour parer à la Jurisprudence actuelle d'après laquelle le droit de conservation résultant du contrat de mariage ne peut s'appliquer aux fonds et droits sociaux propres des époux.

« Telles sont mes volontés.

« Je révoque tout testament antérieur au présent.

« Fait à..... le » (1).

A la suite de cette formule, nous trouvons une variante accordant au conjoint survivant le droit de conservation sans contre-partie (dans les limites de la quotité disponible) ou moyennant paiement de la valeur des seuls éléments corporels. Nous ne croyons pas utile de la rapporter ici ; il est à présumer qu'il en sera fait un usage peu fréquent car elle ne répond pas à la volonté de l'époux propriétaire. Ce que l'on s'efforce en effet de remplacer c'est la clause commerciale à *titre onéreux*. Et si lors de la rédaction du contrat de mariage le futur époux manifestait à l'égard de son futur conjoint une intention libérale, c'est-à-dire, s'il voulait lui consentir le droit de prélèvement de son fonds personnel sans en payer la valeur intégrale, le notaire aurait le devoir de conseiller l'emploi non du legs avec charge mais de l'institution contractuelle, qui offrirait au bénéficiaire de la convention l'avantage de lui conférer immédiatement une promesse à caractère irrévocable.

L'usage du testament nous semble donc devoir être pré-

(1) *Répertoire général pratique du Not. et Enreg.*, 30 avril 1933. Formules d'actes, année 1933. Formule 1835, p. 54 et s.

conisé uniquement pour éviter la nullité attachée aux clauses commerciales à titre onéreux.

Nous supposerons donc que la charge équivaut au montant du legs. Ce procédé est valable. Ce qui différencie ces deux institutions voisines : testament et donation de biens à venir, c'est la stipulation possible dans le testament d'une charge absorbant la totalité de la libéralité.

57. — Le legs avec charge n'est du reste pas la seule solution qu'offre le testament. On aurait pu prévoir le legs non du fonds même, mais de la *faculté* de l'acquérir aux héritiers d'après des bases préétablies. Mais cette seconde solution, envisagée du point de vue fiscal, est plus onéreuse. Si le conjoint, en effet, n'a que le droit d'exiger la vente de l'établissement commercial il paiera lors de la réalisation de l'opération un droit de vente, mais les héritiers auront auparavant versé les droits de mutation par décès. Au contraire, lorsque le legs a pour objet le fonds même, comme le légataire doit aux héritiers du prémourant la valeur exacte de ce fonds, il n'est assujéti au versement d'aucun droit. Seuls les héritiers doivent acquitter les droits de mutation par décès sur la somme qu'ils reçoivent.

58. — Mais quelle est la valeur du legs avec charge considéré comme « *succédané* » de la clause commerciale ? Et, tout d'abord, quels avantages offre-t-il ? Ils sont au nombre de trois :

1° Avec cette modalité de legs se trouve écartée la nullité pour atteinte à la prohibition des pactes sur succession future. Et cette constatation s'applique non seulement à la faculté de reprise à titre onéreux mais aussi à la faculté accordée au survivant de se faire consentir un bail, par les héritiers, des immeubles dépendant de la succession. Un testateur peut, en effet, imposer à ses héritiers de faire ou de ne pas faire une chose au profit d'un légataire.

L'énoncé de ce premier avantage du legs avec charge

nous amène à regretter que les rédacteurs de la formule n'aient pas cru devoir faire mention des fonds et droits sociaux dépendant de la communauté « parce que les stipulations du contrat de mariage relatives à ces biens pourront recevoir leur exécution ». La solution contraire aurait eu cependant le mérite de supprimer toute controverse, soit sur la clause qui autorise l'exercice de la faculté de reprise par la femme renonçant à la communauté, soit sur la validité de la stipulation du pacte social, puisque dans notre opinion une telle stipulation est frappée de nullité. Ainsi seraient écartées toutes causes éventuelles de procès.

Mais ces auteurs n'ont fait que se conformer à une jurisprudence qui paraît bien établie.

2° Les droits des héritiers sont respectés. En effet, s'ils ne recueillent pas l'établissement commercial auquel ils auraient pu prétendre, ils en reçoivent la valeur calculée d'après les règles qui, imposées par le testateur, doivent être réputées équitables. Peut-être auraient-ils eu intérêt à l'exploiter eux-mêmes, mais n'en était-il pas ainsi avec une clause commerciale valable ?

3° Le testament étant un acte par lequel le testateur dispose, pour le jour où il n'existera plus, l'époux bénéficiaire du legs avec charge ne pourra exiger la réalisation de l'option qui lui est concédée, qu'après le décès de son conjoint. Jusque-là tous les actes de disposition sont permis à celui-ci. L'aliénation du fonds constituera une révocation tacite du legs.

59. — Malgré ces avantages importants le legs avec charge n'est pas cependant à l'abri de toute critique. La pollicitation qu'il contient au profit du légataire et qui constitue l'objet même du legs présente, en effet, un caractère de précarité, qui n'est pas à négliger, car non seulement le legs est toujours révocable mais encore, si l'on admet la règle suivant laquelle la réserve héréditaire doit toujours être fournie en nature aux héritiers, il en résultera souvent une impossibilité d'exécution.

60. — La révocabilité du testament place l'exercice de l'option à la merci de l'époux titulaire du fonds de commerce. Avec la clause commerciale au contraire le conjoint de cet époux obtenait dès le mariage un droit définitif. Ce n'est pas à dire qu'il avait la certitude de conserver l'établissement commercial, puisque la promesse était soumise à une double condition : que l'époux propriétaire mourût le premier et qu'il n'eût pas aliéné son bien au cours du mariage. Si le titulaire ne pouvait ôter toute efficacité à sa promesse directement, c'est-à-dire par la simple expression d'une volonté contraire, il pouvait obtenir le même résultat indirectement par une aliénation.

Nous n'accorderons pas une grande importance à cette différence qui sépare les deux procédés. Certains juristes n'ont-ils pas considéré cette facilité de révocation comme une supériorité du testament sur le contrat de mariage ? Il semble rationnel à M. MOREAU, « lorsqu'il s'agit d'attribuer à titre onéreux, à l'un des époux, un bien devant figurer dans la succession de l'autre, de laisser celui-ci prendre cette mesure quand il sera certain de son opportunité plutôt que de le réduire à l'annihiler une fois prise, par des moyens indirects et souvent fâcheux, quand les circonstances lui auront fait apercevoir les inconvénients de son application (1) ».

61. — La règle suivant laquelle les héritiers ont le droit d'exiger leur réserve en nature constitue un obstacle beaucoup plus sérieux à l'adoption du legs avec charge comme succédané de la clause commerciale. Si l'on admet, en effet, l'application de cette règle aux legs avec charge totale, et si le conjoint ne peut invoquer l'une des dispositions des articles 866 et 924 du Code civil qui permettent dans certains cas la conservation en nature de l'objet de la libéralité, les héritiers réservataires pourront obtenir la licitation du fonds de commerce.

La réserve en droit français est une part de l'hérédité,

(1) MOREAU, *Rev. civ. et not. des Juriscl.*, 1933, précit.

une succession *ab intestat*, diminuée de la quotité disponible. Sur cette quotité le testateur a les droits les plus étendus : il peut la donner, la léguer, désigner lui-même les biens qui la composeront ou déléguer ses pouvoirs à cet effet au légataire (1). A plus forte raison, peut-il convenir que le légataire choisira les biens qui formeront le disponible à charge d'en payer la valeur.

La réserve, au contraire, apparaît comme intangible ; c'est une masse de biens totalement soustraite à la volonté du *de cujus*. « La transmission des biens compris dans la réserve s'opère par la volonté de la loi (2). »

Le *de cujus* ne peut en modifier la composition qu'indirectement par disposition de tout ou partie des biens compris en la quotité disponible. Mais là s'arrêtent ses pouvoirs. S'il a légué le disponible, il ne peut, par exemple, attribuer à un réservataire, au détriment des autres, l'avantage de choisir les biens devant entrer dans sa réserve. En cas de partage anticipé la jurisprudence exige même de l'ascendant l'observation de l'article 832 du Code civil qui prescrit d'attribuer à chaque descendant donataire, « la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur ». « Enfin, le disposant ne pourrait, en instituant un légataire universel, auquel il transmettrait tous ses biens, le charger d'acquitter la réserve avec un capital ou d'autres valeurs mobilières ou même immobilières que le légataire prendrait dans son patrimoine (3). »

Mais si le *de cujus* doit laisser la réserve en biens héréditaires et non en argent, peut-il, valablement léguer à un tiers, son conjoint dans l'espèce, un bien qui constitue à lui seul la presque totalité de l'actif successoral, à charge d'en payer la valeur aux héritiers ? Les auteurs reconnaissent la validité d'un tel legs jusqu'à concurrence de

(1) DEMOGUE, note au S. 1932.2.74, sous Douai, 22 avril 1931.

(2) DEMOLOMBE, *Donations entre vifs et testaments*, t. 2, n° 426.

(3) Nîmes, 13 déc. 1837 (S. 38.2.516) ; Bastia, 4 janv. 1858 (S. 58.2.88) et 4 mars 1874 (S. 74.2.101) ; Pau, 3 déc. 1883 (S. 85.2.182) ; Cass. Req., 29 juillet 1890 (S. 91.1.5, note LABBÉ).

la quotité disponible, mais que décider quand cette quotité est dépassée ?

Le testateur ne va-t-il point, par ce moyen, modifier la composition de la réserve en substituant aux biens héréditaires une créance de somme d'argent ? Ce remplacement *se produisant au moment de son décès* ne fera-t-il pas échec à la règle de la réserve en nature ?

Il faut noter que cette question a été posée par certains auteurs, non seulement pour des actes ne sortant effet qu'à la mort du *de cujus*, comme le legs avec charge, mais aussi pour des actes à titre onéreux opérant de son vivant transfert de propriété.

C'est ainsi que M. TISSIER, dans sa note au *Sirey*, prétend soumettre aux mêmes règles le legs avec charge et les clauses commerciales. Dans ces deux cas, pour cet auteur, les clauses de prélèvement d'un propre ne seraient valables que dans les limites de la quotité disponible. Il part de cette idée que si, à la suite d'une action en réduction le retranchement s'opère en nature, c'est parce qu'on ne peut obliger l'héritier réservataire à recevoir sa réserve en argent. Or n'est-ce pas là le résultat obtenu tant par les clauses des contrats de mariage que par les legs avec charge. Par conséquent, dans la mesure de la réserve, toutes les clauses qui donnent au conjoint survivant le droit de prendre des biens dans la succession du prémourant contre paiement de leur valeur, ne peuvent avoir effet.

Nous ne discuterons pas cette doctrine, nous nous contenterons d'exposer les arguments des théories qui s'affrontent sur le terrain de la réductibilité des legs avec charge.

62. — Les partisans de la non réductibilité font observer tout d'abord que l'institution contractuelle est une mesure de protection en faveur des descendants et des ascendants contre l'abus des libéralités du *de cujus* et non pas contre ses actes à titre onéreux.

Nous trouvons cette opinion exprimée dans l'ouvrage de MM. COLIN et CAPITANT :

« La réserve consiste dans une part de la succession entièrement et absolument soustraite à la volonté du *de cuius*, en ce sens du moins qu'elle doit être transmise *ab intestat* aux héritiers désignés par la loi, sans que cette transmission puisse être, en quoi que ce soit, modifiée *par l'effet d'actes à titre gratuit* émanant du défunt (1). »

Or le legs avec charge totale est un acte à titre onéreux. Il contient en réalité une promesse de vente. Les règles de la réserve ne devraient donc pas lui être appliquées.

En outre, ajoutent d'autres juristes, si l'on comprend dans la masse de calcul de la réserve toutes les libéralités faites par le défunt, ce n'est qu'après déduction des charges. Mais ici la charge absorbe toute la valeur de l'objet légué. Ce n'est donc pas le fonds qui devrait figurer dans cette masse mais l'indemnité due par le conjoint.

63. — En faveur de la thèse contraire suivant laquelle la règle que l'héritier réservataire doit recevoir sa réserve en biens héréditaires et non en argent, s'appliquerait au legs avec charge ; on peut faire valoir deux arguments qui ne manquent pas de force.

Le premier est tiré de l'article 922 du Code civil. Aux termes de ce texte la masse de calcul de la réserve doit comprendre en premier lieu tous les biens existants au décès du donateur ou testateur. Il faut faire rentrer dans cette première catégorie de biens ceux dont le testateur a pu disposer par testament, et par conséquent le fonds de commerce légué.

Le second est fourni par l'existence de l'article 73 de la loi du 1^{er} juin 1924, loi d'introduction du droit civil français en Alsace-Lorraine. Nous avons dit dans notre introduction que les Alsaciens-Lorrains bénéficiaient d'une législation spéciale permettant la transmission héréditaire intégrale d'une exploitation agricole industrielle ou com-

(1) COLIN et CAPITANT, t. 3, 3^e éd., 1925, p. 709, al. 2.

merciale. Nous faisons alors allusion à cet article 73 qui autorise l'un des successibles en ligne directe ou le conjoint survivant à retenir en totalité l'exploitation donnée ou léguée par le *de cujus*, même si sa valeur excède la quotité disponible et quel que soit cet excédent, sauf à récompenser les co-héritiers ou héritiers en argent ou autrement.

Pourquoi le vote de ce texte a-t-il été jugé nécessaire, sinon « qu'en principe le legs d'une exploitation comme celui de tout autre bien, est réductible en nature, quand il dépasse la quotité disponible sans distinguer suivant que le légataire doit ou non tenir compte à la succession de la valeur du bien légué (1) ».

Ces arguments, surtout le premier, tiré de l'article 922, ont entraîné la conviction de M. NAST. Il lui semble, en outre, que si l'on écarte la règle de la réserve en nature pour le legs avec charge « on donne, à tous ceux qui voudront en user, un moyen très simple de tourner la règle et de faire indirectement ce qui est interdit directement. Alors, en effet, qu'il n'est pas possible, en présence de réservataires, de faire un legs universel en obligeant ceux-ci à se contenter d'une somme d'argent à payer par le légataire, rien ne serait plus facile d'échapper à cette prohibition en léguant tous ses biens, à charge d'en payer la valeur, ou en léguant la faculté d'acheter tous ses biens ».

Mais à la différence de M. TISSIER, M. le Professeur NAST limite sa solution au legs à charge de payer le prix des biens légués qui ont pour objet « *un aménagement de la réserve postérieur au décès* ». Par suite, il se refuse à l'étendre aux clauses commerciales du contrat de mariage, actes à titre onéreux par lesquels le *de cujus* modifie la composition de la réserve *de son vivant*, ce qui est valable.

Telles sont les deux théories en présence. La question de savoir si un legs avec charge peut porter atteinte à la

(1) Tiré de l'article de M. NAST, *Etude pratique Répertoire gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 sept. 1931, art. 22.858, p. 552.

réserve en nature des descendants et des ascendants apparaît pour le moins controversée.

Certes, la thèse de la non réductibilité semble jouir en doctrine d'une plus grande faveur. On ne peut cependant négliger la force des arguments de la thèse adverse.

Le legs avec charge considéré comme succédané de la clause commerciale condamnée ne procure pas sur ce point toute sécurité aux époux. Nous aurons à envisager, dans le chapitre consacré à la réforme législative, la possibilité de faire disparaître cet inconvénient.

§ 2. — *Mise en communauté*

64. — Ce procédé, qui consiste à faire perdre au fonds de commerce sa qualité de propre, va nous permettre d'assister à l'amélioration progressive d'une clause sous l'influence des nécessités pratiques. C'est là un exemple, et en même temps une preuve, de l'activité créatrice du notariat à laquelle nous avons rendu hommage au début de cette thèse.

L'évolution s'est accomplie en trois phases : apport pur et simple à la communauté, estimation valant vente avec reprise d'apport, enfin combinaison proposée par MM. CAPITANT et DEFRENOIS, qui, sans être irréprochable, a cependant l'avantage d'atteindre certains buts visés par la clause condamnée en évitant de nombreuses critiques adressées aux moyens préconisés antérieurement.

L'apport pur et simple et l'estimation valant vente à la communauté sont les seuls procédés efficaces pour faire considérer comme élément de l'actif d'une communauté réduite aux acquêts un fonds de commerce appartenant en propre à l'un des époux.

Nous ne pensons pas que la seule existence de la clause commerciale ordinaire dans un contrat de mariage soit suffisante pour arriver au même résultat, ainsi que l'a soutenu le jugement du 7 juillet 1922 (1) du Tribunal de

(1) Lyon, 7 juillet 1922, *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 30 sept.

Lyon. Ce tribunal, dès 1922, semble partisan de l'annulation de la clause de reprise d'un fonds propre. A la base de sa décision se trouve en effet cette idée que la clause commerciale insérée dans un contrat de mariage ne peut s'entendre que d'un fonds dépendant de la communauté, et ce principe, tiré de l'article 1499 (1), qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'un meuble propre à l'un des époux tombe en communauté, d'une stipulation formelle dans le contrat de mariage.

Or, dans l'espèce qu'il avait à juger, le mari était, de nombreuses années avant son mariage, titulaire d'un fonds de commerce. Dans son contrat, portant adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts, il ne le fit pas figurer parmi ses apports. De ces faits les juges de Lyon ont déduit la volonté du mari d'assurer, au survivant des époux, le droit de continuer l'exploitation du fonds entré, du moins le prétendait-on, dans la communauté :

« Attendu qu'il n'est pas contesté que X..., exploitait, depuis de nombreuses années, un fonds de commerce de grilleur d'étoffes, qui était prospère ; qu'au moment de son mariage, il était âgé de 57 ans, sa femme en ayant 50 ; qu'à ce moment, ils ne devaient envisager ni l'un ni l'autre l'éventualité d'exploiter un nouveau commerce, ni surtout d'en acquérir un par la suite avec les acquêts de communauté ; qu'on ne s'explique pas, dans ces conditions, pourquoi ils auraient inséré la clause commerciale dans leur contrat de mariage, si leur intention n'avait pas été de faire tomber dans la communauté d'acquêts le fonds de commerce exploité par X... ; que s'il n'en avait été ainsi, cette clause n'aurait eu aucune portée ; que X... a pu légitimement penser qu'en ne mentionnant pas l'existence de son fonds de commerce parmi ses propres dans son contrat de mariage, il

1923, art. 20.400 ; *R. N. (Basoche)*, 15 nov. 1923, p. 614 ; *J. du Not.*, 1923, p. 507.

1. La loi du 29 avril 1924 a modifié ce texte et établi un nouveau système de preuve des reprises mobilières des époux.

devait s'ensuivre tout naturellement que ce fonds tomberait dans la communauté ; qu'en rapprochant cette absence de mention de la situation respective des époux au moment du mariage et de l'insertion de la clause relative au fonds de commerce dans le contrat, il y a lieu de décider que l'intention de X... a bien été de faire entrer le fonds qu'il exploitait dans la communauté d'acquêts et d'assurer, en cas de décès, au survivant des époux, le droit de continuer cette exploitation... »

La doctrine s'est élevée contre cette décision. L'insertion de la clause de prélèvement dans le contrat de mariage ne peut avoir pour effet de modifier le caractère propre ou commun d'un bien. L'interprétation par le Tribunal de Lyon, de la volonté des parties est simplement tendancieuse ; en réalité ce contrat a été passé dans une étude où l'on avait coutume de stipuler la clause de conservation et les contractants n'ont attaché aucune importance à cette formule. Quant à l'absence de mention d'apport du fonds propre elle s'explique par le désir du propriétaire de se soustraire au paiement des droits fiscaux. Peut-on admettre qu'il eût mis en communauté son fonds sans stipuler une reprise quelconque en deniers ?

Nous croyons donc qu'en de telles circonstances le fonds doit rester propre. Seuls l'apport pur et simple et la vente permettent la mise en communauté du fonds.

65. — L'apport pur et simple à la communauté restera toujours une stipulation très rare en pratique pour les conjoints qui dressent un contrat de mariage. Certes on ne peut mettre en doute la validité de cette convention accompagnée de la clause commerciale ; mais il se trouvera peu de notaires pour en conseiller l'emploi. Elle exige en effet du propriétaire du fonds le sacrifice de la moitié de son droit de propriété. N'est-ce pas là demander beaucoup à un futur époux lorsque son établissement commercial constitue la plus grande partie de sa fortune ? Il est à remarquer en effet « que l'apporteur ne le met en communauté et n'en abandonne ainsi la moitié que pour

en réserver ultérieurement à son conjoint l'entière propriété (1) ». Ce procédé serait plus équitable si le bénéficiaire de la convention ameublissait une partie de ses biens jusqu'à concurrence de la valeur de la moitié du fonds de commerce. Mais il ne pourra toujours en être ainsi.

66. — Cette grave objection fait écarter l'apport pur et simple au profit de la vente à la communauté qui apparaît comme le préambule nécessaire de la clause de conservation du fonds. Le futur époux déclare apporter en mariage tel fonds de commerce qu'il exploite et estime la valeur de chacun des éléments : clientèle et achalandage, matériel, droit au bail, etc. Il stipule ensuite que cette estimation vaudra vente à la communauté et que l'époux apporteur ou ses héritiers auront à exercer une reprise en deniers égale au montant de l'estimation.

Même avant la condamnation de la clause de conservation de fonds de commerce par la Cour de cassation, on utilisait ce procédé de mise en communauté lorsque l'exploitation exigeait la collaboration des deux conjoints et lorsque l'activité personnelle de l'un d'eux n'était pas prédominante.

La règle que « l'estimation vaut vente » est contenue dans l'article 1551 du Code civil. Elle concerne la dot mobilière sous le régime dotal ; mais on l'étend aux autres régimes (2) :

« Si la dot ou partie de la dot consiste en objets mobiliers mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, le mari en devient propriétaire et n'est débiteur que du prix donné au mobilier. »

Rien ne s'oppose à l'application de cette règle aux fonds de commerce, biens mobiliers. Au point de vue juridique ce procédé ne soulève donc aucune objection.

On peut rédiger la clause d'apport de la façon suivante :

(1) MOREAU, *Rec. civ. et Not. des Juriscl.*, 20 nov. 1933, p. 646, col. 1, *loc. cit.*

(2) En sens contraire cependant : TOULLIER, t. 13, n° 326 ; LAURENT, t. 23, n° 149 ; GUILLOUARD, t. 3, n° 1474 ; Grenoble, 20 mars 1876, sous Cass., 14 mars 1877 (*Pandectes françaises*, *Chr.*, V, 1.208).

ARTICLE 1^{er}.

« Les futurs époux adoptent pour base de leur union le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, tel qu'il est établi par les articles 1498 et 1499 du Code civil.

ARTICLE 2.

Exclusion des dettes, Réserve de propres.

« En conséquence du régime adopté, chacun des futurs époux restera seul tenu de ses dettes et hypothèques antérieures à la célébration du mariage ou dont seraient grevés les biens qui lui adviendront durant la communauté par succession, donation, legs ou à tout autre titre gratuit. »

« Chacun des futurs époux se réserve propres les biens de toute nature qui pourront lui appartenir personnellement au jour de la célébration du mariage et ceux qui pourront lui échoir durant la communauté par succession, donation ou legs, ou à tout autre titre gratuit.

« Pour dérogation à la clause qui précède, les époux conviennent que le fonds de..., appartenant actuellement au futur époux, sera considéré comme bien dépendant de la communauté pour le montant de l'estimation qui en sera faite ci-après, et qu'il en sera de même de tout établissement commercial, industriel ou agricole et de tous droits sociaux attachés à la personne qui pourront advenir à l'un ou à l'autre d'entre eux à titre gratuit pendant la communauté, pour le montant de l'estimation qui en sera faite des biens ainsi devenus communs dans l'inventaire ou dans tout autre acte déclaratif ou commutatif de propriété, en sorte que l'époux propriétaire des dits biens n'aura jamais droit qu'à la reprise en deniers du montant de l'estimation.

ARTICLE 3.

Apport du futur époux.

ART...

Clause de conservation de Fonds de commerce... » (1).

(1) Nous préférons cette formule, qui a l'avantage de s'appliquer aux

67. — Cette clause aboutit-elle au même résultat que la clause condamnée ? Sur deux points elle nous paraît satisfaisante.

1° Elle donne au conjoint de l'époux propriétaire, à la femme par exemple, un droit ayant une certitude relative. La faculté qui lui a été réservée bénéficie du caractère d'irrévocabilité de toute convention matrimoniale. Le mari ne pourra en empêcher l'exercice que par des actes d'aliénation à titre gratuit ou onéreux. Or la vente du fonds est peu à redouter de la part de jeunes époux. Le plus souvent elle constitue l'opération préliminaire de l'acquisition d'un établissement plus important. Quant aux donations, l'article 1422, il est vrai, n'interdit au mari de disposer entre vifs à titre gratuit, en ce qui concerne le mobilier, que de l'universalité ou d'une quotité, réserve faite des cas où il s'agit de l'établissement d'enfants communs. La disposition à titre particulier reste donc possible, à la condition de n'être pas faite en fraude des droits de

fonds futurs comme aux fonds présents, à celle qui est contenue dans le *Traité de fonds de commerce* de M. CENDRIER, *Le fonds de commerce. Traité général théorique et pratique avec formulaire*, 5^e éd. Paris, 1930, formule 47, p. 738.

Art.....

Le futur époux déclare apporter en mariage le fonds de commerce de..... qu'il possède et exploite à..... rue..... et qui comprend :

1° La clientèle et l'achalandage ;

2° Le matériel servant à son exploitation et les marchandises en dépendant ainsi qu'il en sera dressé deux actes d'inventaire qui resteront annexés aux présentes, après signature.

3° Le droit au bail des lieux où il s'exploite pour le temps qui en reste à courir, qui a été consenti au futur époux, par acte en date du....., par devant M^e..... pour une durée de..... années qui ont commencé à courir le..... moyennant un loyer annuel de.....

Le tout estimé à..... francs, sous déduction du passif à une somme de.....

Cette estimation vaudra vente à la communauté du fonds et de ses accessoires pour la somme de.....

La reprise que le futur époux ou ses héritiers et représentants auront à exercer de ce chef reste en conséquence invariablement fixée au montant de cette estimation quel que soit le sort du fonds de commerce.

la femme. Or la jurisprudence répute frauduleuses toutes les donations excessives. Une donation ayant pour objet un fonds de commerce tomberait certainement sous le coup de cette jurisprudence. Pour valider son acte le mari serait obligé de faire intervenir sa femme qui aurait ainsi l'occasion de défendre ses intérêts.

2° Sans encourir le reproche d'atteinte à la prohibition des pactes sur succession future, cette formule permet de convenir du versement d'une somme égale à la valeur du fonds. Et apparemment elle ne lèse pas les héritiers puisque la communauté leur doit récompense du montant de l'estimation au moment de l'apport.

68. — Toutefois nous devons faire ici une remarque et ce sera notre première critique. Le fonds pendant le mariage a pu acquérir une certaine plus-value qui, en cas de non apport à la communauté, aurait profité uniquement aux ayants droit de l'époux propriétaire. Avec l'estimation valant vente à la communauté ils n'en recueilleront que la moitié. Or cette plus-value peut-être due non au travail des époux (auquel cas le résultat indiqué eut été équitable), mais à des circonstances économiques favorables. N'y a-t-il pas là une injustice à l'égard des représentants de l'époux titulaire ?

En outre si la faculté de reprise est exercée par l'époux apporteur, par suite du prédécès de son conjoint, l'indemnité dont il devra tenir compte à la communauté sera calculée d'après les règles prévues au contrat de mariage. Et il arrivera que le prix, fixé à dire d'experts, sera supérieur au montant de la reprise en deniers à laquelle il avait droit.

Enfin, la communauté peut prendre fin par divorce, séparation de corps ou de biens. Or la formule que nous avons rapportée ne prend pas en considération ces causes de dissolution qui, lors des opérations de liquidation des droits des époux, pourront entraîner la licitation de l'établissement commercial. Pour rentrer en possession d'un bien dont il était autrefois seul propriétaire, l'époux ap-

porteur devra s'en rendre adjudicataire et subir les aléas d'une vente aux enchères où les tiers seraient admis à enchérir.

69. — La formule 1838 établie par les rédacteurs du *Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement* permet d'éviter la plupart de ces critiques. En voici la rédaction :

ART. 1^{er}. Régime.

« Les futurs époux adoptent pour base de leur union le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts tel qu'il est établi par le Code civil. »

ART... Apport du futur époux.

« Le futur époux déclare apporter en mariage et constituer personnellement en dot :

« 1^o Les vêtements, linge, effets, bijoux et objets mobiliers à son usage personnel non décrits à la réquisition expresse des parties et évalués pour l'enregistrement attendu la reprise en nature qui doit en être faite à la somme de.....

« 2^o Les meubles et objets mobiliers ci-après décrits et évalués (*description et énumération*).....

« Total de l'estimation des objets mobiliers.....

« Etant entendu que l'estimation ci-dessus ne vaudra pas vente à la communauté.

3^o Le fonds de commerce de négociant en tissus qu'il exploite à... consistant en :

« 1. Les éléments incorporels comprenant la clientèle, l'achalandage, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail des lieux dans lesquels le fonds est exploité, ledit bail consenti... (*énoncer le bail*), lesdits éléments d'une valeur de.... 20.000

« 2. Le matériel servant à l'exploitation dudit fonds (*on peut le décrire sommairement*) d'une valeur de.... 15.000

« 3. Les marchandises en magasin d'une valeur ensemble de 45.000

ENSEMBLE 80.000

« De convention expresse, l'estimation donnée ci-dessus au fonds de commerce apporté par le futur époux en vaudra vente à la communauté pour le montant de cette estimation. En conséquence, la reprise en deniers à exercer de ce chef contre la communauté, soit par le futur époux, soit par ses héritiers, sera de la somme de 80.000 francs, quel que soit ultérieurement le sort du fonds de commerce, sauf l'imputation à effectuer au cas où le futur époux userait de la faculté de conservation ci-après prévue.

ART... Apports de la future épouse

(Faire vente à la communauté le cas échéant du fonds de commerce apporté par la future épouse.)

ART...

Vente éventuelle de fonds de commerce à la communauté.

« Par dérogation au régime ci-dessus adopté si, au cours de la communauté, l'un des époux recueille un fonds de commerce par succession, donation ou à tout autre titre gratuit, ce fonds, par l'effet d'une vente dès à présent consentie, tombera dans la communauté laquelle deviendra débitrice envers ledit époux d'une reprise en deniers égale à la valeur du fonds déterminée au moment de son entrée dans la communauté, soit par l'inventaire dressé après le décès de la personne de la succession de laquelle le fonds proviendra, soit par un partage, soit par une estimation faite par deux experts désignés à la requête des époux par M. le Juge de paix (ou par M. le Président du Tribunal civil) du lieu de leur domicile, lesquels experts auront la faculté de s'en adjoindre un troisième pour les départager en cas de désaccord. Dans tous les cas, l'estimation devra être faite distinctement, d'une part pour les éléments incorporels, d'autre part pour le matériel et enfin pour les marchandises, et les résultats de l'expertise devront être constatés par un acte authentique dressé à la requête des époux en vue de faciliter la preuve de la reprise en deniers à exercer par celui du chef duquel le fonds de commerce sera entré en communauté.

ART...

Faculté de conservation de fonds de commerce.

« Si, à la dissolution de la communauté, il existe un fonds de commerce en dépendant, il pourra être conservé par l'un des époux à titre personnel dans les conditions ci-après déterminées.

« Si le fonds existant a été apporté en mariage ou recueilli à titre gratuit par l'un des époux et est devenu commun par l'effet de la vente à la communauté plus haut stipulée, et si la communauté se dissout pour tout cause autre que le prédécès de l'époux du chef duquel le fonds sera provenu, ledit époux aura la faculté de le conserver pour son compte personnel, avec tous les éléments qui le composeront, quelles que soient les conditions dans lesquelles il sera exploité, loué ou géré. En usant de cette faculté, l'époux conservant le fonds de commerce devra tenir compte à la communauté :

« 1^o En représentation des éléments incorporels et du matériel, d'une somme égale à celle de l'estimation qui en aura été faite au moment de l'entrée du fonds dans la communauté ; 2^o en ce qui concerne les marchandises, du montant de leur estimation faite par deux experts choisis à l'amiable ou désignés sur simple requête de la partie la plus diligente par M. le Juge de Paix (ou par M. le Président du Tribunal civil) du domicile des époux, lesquels experts, en cas de désaccord pourront s'en adjoindre un troisième pour les départager. Les sommes dues de ce chef par l'époux qui conservera le fonds s'imputeront sur les reprises dudit époux et, pour le surplus, sur ses droits dans la communauté.

« Si la communauté se dissout par le prédécès de l'époux du chef duquel le fonds sera provenu et tombé en communauté, si ce fonds existe encore en nature et s'il est exploité par les époux ou l'un d'eux, le survivant aura la faculté de le conserver, à valoir sur le montant de ses droits dans la communauté, à charge de prendre tous éléments pour le montant de leur estimation faite par des experts nommés dans les conditions indiquées ci-dessus.

Si « le fonds de commerce existant à la dissolution de la communauté et exploité par les époux ou l'un d'eux, a été créé par

eux ou acquis à titre onéreux au cours du mariage et dans le cas seulement où la communauté serait dissoute par le décès de l'un des époux, le survivant aura le droit de le conserver pour son compte personnel avec tous ses éléments, à charge de prendre le tout d'après l'estimation de deux experts désignés comme il est dit plus haut. Le survivant imputera la valeur du fonds de commerce ainsi conservé sur les droits à lui revenir dans la communauté.

« La future épouse pourra exercer la faculté de conservation dans les diverses hypothèses ci-dessus prévues même si elle renonce à la communauté.

« Dans tous les cas, l'époux qui conservera le fonds de commerce aura seul droit au bail des lieux où le fonds sera exploité, y compris les locaux d'habitation en dépendant, pour le temps qui en restera à courir, à la charge de tenir compte à la communauté des loyers payés d'avance, d'exécuter toutes les obligations qui pourront en résulter et de payer les loyers à échoir de manière que l'autre époux ou ses héritiers ne puissent être aucunement inquiétés à cet égard.

« Si le commerce s'exerce dans une maison dépendant de la communauté ou appartenant à la succession de l'époux prédécédé, l'époux exerçant la faculté de conservation pourra exiger qu'il lui soit fait un bail de..... années au plus des lieux nécessaires à l'exploitation du fonds de commerce moyennant un prix et sous les conditions qui seront fixées soit à l'amiable, soit par des experts désignés ainsi qu'il est dit plus haut pour l'estimation du fonds de commerce.

« En toute hypothèse, l'époux bénéficiaire de la clause de conservation sera tenu de déclarer son option dans le mois de la mise en demeure qui lui sera faite au plus tôt trois mois après la dissolution de la communauté.

« Les stipulations et conventions ci-dessus s'appliqueront également dans le cas où la communauté comprendrait au moment de sa dissolution des droits dans un établissement commercial ou industriel, soit que ces droits aient été acquis à titre onéreux, soit qu'ils aient été acquis à titre gratuit et entrés en communauté à charge de reprise. La faculté de conservation

pourra être exercée à l'égard de ces droits sous les distinctions et aux charges et conditions plus haut spécifiées.

ART.....

Délai en faveur de l'époux
conservant le fonds de commerce.

« L'époux qui aura usé de la faculté de conserver le fonds de commerce dans l'un quelconque des cas prévus à l'article..... qui précède aura, à compter du jour où il aura manifesté son option (ou : à compter de la dissolution de la communauté), un délai de..... pour payer à qui de droit les sommes dont il pourrait, du fait de la conservation du fonds, demeurer redevable après compensation avec ses reprises, s'il y a lieu, et imputation sur ses droits dans la communauté (*Prévoir des intérêts s'il y a lieu*).

« Au cas où l'époux demeuré titulaire du fonds de commerce en vertu de la faculté de conservation par lui exercée viendrait à vendre ledit fonds, les sommes que cet époux resterait devoir de ce chef deviendront de plein droit exigibles à compter du jour de la vente. »

Cette formule écarte toute possibilité de licitation lorsque la communauté est dissoute par divorce, séparation de biens ou de corps, en accordant, dans ces hypothèses, à l'époux apporteur un droit de conservation par préférence à son conjoint. L'indemnité due sera alors égale au montant de la récompense stipulée lors de l'apport et il y aura compensation entre les deux sommes. Cet époux recevra donc sans aucune contre partie la plus value acquise par l'établissement commercial au cours de la communauté. Il restera seulement comptable de l'accroissement de valeur des marchandises. C'est là une règle admise en pratique même lorsque le fonds est réservé propre (DEFRENOIS, *Traité des liquidations*, 5.511) (1).

(1) *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 30 avril 1933. Form. 1837, note 1, p. 60 et 61.

70. — M. le Professeur CAPITANT, en conclusion de son étude dans la *Revue critique* de 1927 (1), a envisagé les procédés qui pourraient être employés pour échapper à la nullité qui frappe la clause de prélèvement. Ses préférences vont à une formule de mise en communauté construite d'après les principes qui ont servi à l'élaboration de celle dont nous venons de donner la teneur. A la différence des rédacteurs du Répertoire cependant, M. CAPITANT permet la conservation du fonds par l'époux apporteur contre paiement d'une somme égale au montant de l'estimation originaire, même en cas de prédécès de son conjoint, ce qui paraît équitable.

Il y aurait intérêt, selon nous, à compléter en ce sens la formule du Répertoire. Toutefois, mais nous ne faisons que poser la question, ne pourrait-on pas mettre en doute la valeur de cette clause qui permet à l'époux apporteur la reprise de son fonds, moyennant le paiement d'une indemnité égale au montant de son estimation dans le contrat de mariage ?

L'article 1509 du Code civil ne stipule-t-il pas que l'époux qui a ameubli un héritage a, lors du partage, la faculté de le retenir en le précomptant sur sa part *pour le prix qu'il vaut alors* ?

71. — Malgré tous ces perfectionnements le procédé de mise en communauté ne peut être considéré comme le succédané idéal de la clause commerciale condamnée. Et en voici les raisons :

1° Il n'est pas exclusif de toute lésion des héritiers ou même de l'époux survivant.

En effet, si la communauté prend fin par le prédécès de l'époux apporteur, son conjoint doit, pour exercer le prélèvement, payer une indemnité qui, fixée par experts, comprendra la plus value acquise par le fonds au cours du mariage et indépendante du travail des deux époux. Et ce résultat semble correct. Mais le prélèvement consti-

(1) CAPITANT, *Rev. crit.*, 1927, p. 73, 78, n° 47.

tue le conjoint débiteur, non de la succession du prémourant, mais de la communauté dont il est co-proprétaire. A ce titre il recueillera la moitié de la plus-value au détriment des héritiers.

A l'inverse, il se peut que le lésé soit cet époux survivant si son conjoint, lors de l'apport en communauté, a exagéré la valeur du fonds et par suite le montant de ses reprises en deniers (Or il faut reconnaître que les futurs époux sont souvent très riches au moment de la rédaction du contrat de mariage ; seul le désir d'éviter des droits fiscaux supplémentaires et inutiles peut corriger un tel état d'esprit.)

2° Ce procédé ne recevra application que dans les contrats de mariage portant adoption d'un régime de communauté, à moins que les époux n'adjoignent aux régimes, soit de non communauté, soit de séparation de biens une communauté restreinte au fonds lui-même et à ses accessoires. Mais cette combinaison sera impossible si le fonds provient d'une donation avec exclusion de communauté.

3° Lorsque le fonds mis en communauté était la propriété de la femme, ce procédé a l'inconvénient d'en faire le gage des créanciers du mari, même si la femme n'a contracté aucun engagement.

4° Quelle solution faudra-t-il adopter lorsque le fonds sera exploité dans un immeuble propre à l'un des époux ? Nous avons admis que la faculté accordée au conjoint survivant de se faire consentir un bail par les héritiers du prédécédé constituait, à son tour, une stipulation nulle pour atteinte à la prohibition des pactes sur succession future. Pour assurer l'exercice de cette faculté ne conviendrait-il pas d'ameubler également cet immeuble ? Il semble que ce soit le seul moyen à la disposition des époux. « On ne voit pas par quel moyen pratique, dit M. le Doyen GÉNY, l'époux propriétaire de l'immeuble en détacherait l'usage pour le faire entrer en communauté, comme il serait nécessaire si on veut rendre valable la clause de reprise. A moins donc d'imposer à l'époux propriétaire de l'immeuble le sacrifice héroïque de la propriété même de son

bien au profit de la communauté, il faudra se borner à une convention de reprise limitée aux éléments du fonds de commerce autres que l'usage de l'immeuble qui l'abrite (1). »

5° Pour les raisons que nous avons indiquées (*supra*, n° 46) la femme survivante ne pourra prélever le fonds que si elle accepte la communauté.

6° Enfin, on peut se demander si, en cas d'existence d'enfants d'un précédent mariage, cette clause de prélèvement d'un fonds de communauté sera toujours efficace.

Ces enfants, héritiers réservataires, ne pourront-ils en exiger l'annulation lorsque l'époux prédécédé aura déjà disposé de la quotité disponible au profit de son second conjoint ?

Il semble d'ailleurs que ce soit là le seul moyen mis à leur disposition pour s'opposer au prélèvement. Ils ne peuvent, en effet, agir en réduction. La clause de conservation de fonds de commerce, moyennant une indemnité égale à sa valeur, ne peut être considérée comme conférant à l'époux bénéficiaire un avantage matrimonial qui tomberait sous le coup de l'article 1527 du Code civil. On analyse, en effet, cette clause en une promesse de vente.

Seule donc pourrait être exercée l'action en nullité pour inobservation de la règle suivant laquelle la réserve doit être fournie en biens héréditaires et non en argent. Et c'est l'opinion soutenue par M. CAPITANT dans la *Revue critique* de 1927 (n° 28). Pour l'éminent professeur, en effet, lorsque le *de cujus* a disposé de la quotité disponible en faveur de son conjoint, la clause commerciale porte atteinte à la réserve en substituant au fonds une créance contre le survivant.

Certes, on pourra estimer avec M. NAST (2) qu'il y a là une extension de la règle de la réserve en nature, que l'opinion de M. CAPITANT détourne la théorie de la réserve héréditaire de son but spécifique et lui donne une portée

(1) GÉNY, note au S. 1933.1.164, § 3.

(2) NAST, *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 sept. 1931, art. 22.858 précité, p. 555.

démesurée, que la clause de prélèvement est une clause qui concerne le partage de la communauté et non la liquidation de la succession du prémourant, que la question de la réserve héréditaire ne se pose qu'après la liquidation de la communauté, qu'enfin, on se trouve en présence d'un acte à titre onéreux, il n'en restera pas moins un doute dans l'esprit des notaires quant à la sécurité donnée aux époux par le procédé de mise en communauté.

§ 3. — *Institution contractuelle avec charge.*

72. — La validité de la clause commerciale à titre purement gratuit, nous l'avons vu, a toujours été reconnue. On se trouve en présence d'une institution contractuelle conforme aux règles établies par les articles 1082 et 1093 du Code civil.

Certains praticiens ont imaginé de grever cette libéralité d'une charge. Le bénéficiaire de la clause serait obligé de verser aux héritiers de son conjoint la valeur d'un seul des éléments du fonds : marchandises ou éléments incorporels. Une telle stipulation n'ôterait pas à la convention son caractère d'institution contractuelle. Ceci admis, rien ne s'opposerait à ce que le versement eût pour objet une quote-part, tiers ou moitié, de la valeur globale de l'exploitation. On arriverait ainsi, en réduisant à une très faible quotité le montant de la libéralité au résultat proposé dans la clause commerciale à titre onéreux,

La formule 1.836 du *Répertoire Général Pratique du Notariat et de l'Enregistrement* est une application de ce système. En voici la rédaction ;

« En considération du mariage, et seulement pour le cas de dissolution de celui-ci par suite du décès du futur époux, M... futur époux, fait, par ces présentes, donation, mais seulement pour le cas où elle lui survivrait, et si, au jour de son décès, le futur époux est encore propriétaire du fonds de commerce par lui apporté en mariage,

« A M^{lle} ... future épouse et qui accepte,

« De toute la propriété du fonds de commerce de... compris sous le n^o ... de l'apport ci-dessus du futur époux, et par lui réservé propre, comprenant l'enseigne, le nom commercial, la clientèle, l'achalandage, le matériel, le droit au bail des lieux où le fonds de commerce sera exploité, avec obligation pour la donataire, de conserver les marchandises qui existeront alors d'après leur valeur à fixer dans l'inventaire qui sera fait au moyen d'une estimation par deux experts nommés respectivement à l'amiable par la donataire et par les héritiers et représentants du futur époux, avec faculté pour les experts de s'adjoindre un tiers expert pour les départager ; à défaut d'accord sur le choix des experts, ceux-ci seront nommés judiciairement.

« La donataire sera tenue au paiement des loyers ainsi qu'à l'exécution des charges et conditions du bail ou de la location à partir du jour du décès du donateur, et au remboursement des loyers d'avance qui auraient été versés.

« Elle imputera la valeur des marchandises qu'elle reprendra avec le fonds sur le montant de ses droits de toute nature dans la succession du donateur, et elle aura pour se libérer envers les héritiers et représentants de celui-ci, un terme et délai de cinq ans à compter du jour du décès, pour en faire le paiement par cinquième d'année en année, avec intérêts au taux légal, payables par semestre.

« Les sommes, revenant aux héritiers et représentants du donateur, ou ce qui en restera dû, deviendront de plein droit et immédiatement exigibles si la donataire vient à vendre, aliéner ou liquider ledit fonds de commerce, le donner en nantissement, le mettre en société, ou si elle décédait avant son entière libération, comme aussi en cas de convol.

« Le futur époux fait encore donation à la future épouse, qui accepte, du droit, pour le cas où le fonds de commerce serait alors exploité dans un immeuble dépendant de la communauté ou de la succession du donateur, d'exiger qu'il lui soit fait bail des lieux nécessaires à l'exploitation du fonds et à son habitation, pour trois, six ou neuf années au choix de la donataire, à compter du premier jour du terme qui suivra le décès, aux charges de droit, et moyennant un loyer qui sera fixé à l'amiable, sinon

par experts nommés comme il est dit ci-dessus, en laissant, par une clause expresse à la future épouse, la faculté de transporter ce bail à son successeur dans le commerce en demeurant seulement responsable et garante solidaire du paiement du loyer et de l'exécution des charges et conditions.

« Dans le cas où les locaux servant à l'habitation des futurs époux seraient indépendants de la location des locaux affectés à l'exploitation du fonds de commerce, la future épouse aura relativement à ces locaux les mêmes droits que ceux résultant de ce qui précède.

« Enfin la présente donation s'appliquera à tout autre fonds de commerce qui pourrait appartenir en propre au futur époux le jour de son décès, son effet n'étant pas limité au fonds dont le futur époux est propriétaire actuellement.

« Dans le cas où la présente donation excéderait la quotité disponible en toute propriété, dont le donateur pourrait disposer au jour de son décès en faveur de la future épouse, elle produira son effet, pour le surplus, sur la quotité disponible soit en nue propriété, soit en usufruit avec dispense de fournir caution, selon qu'il y aura lieu, le tout expressément accepté par la future épouse ; toutefois en cas de convol, la donataire sera tenue soit de fournir caution, soit de faire emploi des sommes dont elle aura l'usufruit en vertu de la présente donation. »

Dans la même formule 1.836 est prévu le cas où les futurs époux ne seraient pas encore propriétaires actuels d'un fonds de commerce :

« Pour le cas où, au jour de la dissolution du mariage par suite du décès de l'un des époux, le conjoint prédécédé serait propriétaire d'un fonds de commerce lui appartenant à titre de bien propre, les futurs époux se font donation au profit du survivant, ce qui est accepté par chacun d'eux pour le survivant.

« De la toute propriété du fonds de commerce ou établissement industriel ou commercial qui dépendrait de la succession du prémourant, ensemble le nom commercial, l'enseigne, la clientèle, l'achalandage, le droit au bail des locaux où ledit fonds ou établissement serait exploité, et généralement tous

éléments incorporels en dépendant avec obligation pour le survivant de conserver les marchandises, etc... »

Enfin, si l'avantage accordé au futur conjoint ne devait porter que sur une quotité du fonds, les rédacteurs de la formule prévoient la modification suivante :

« M... futur époux fait donation... de la toute propriété du fonds de commerce de... compris sous le n^o ... de l'apport ci-dessus du futur époux et par lui réservé propre, comprenant l'enseigne, le nom commercial, la clientèle, l'achalandage, le matériel, le droit au bail des lieux où le fonds de commerce sera exploité ; mais à la charge :

« 1^o De tenir compte à la succession du futur époux de la valeur de (moitié ou du quart) des éléments ci-dessus désignés dudit fonds ;

« 2^o Et de reprendre pour leur valeur les marchandises qui existeront alors.

« La valeur du fonds et des marchandises sera déterminée d'après l'estimation qui sera faite du tout dans l'inventaire auquel il sera alors procédé par deux experts respectivement choisis, etc... »

« La future épouse imputera la valeur de (moitié, un quart) du fonds de commerce et celle des marchandises sur le montant, etc... »

73. — Ce procédé de la clause commerciale, institution contractuelle avec charge, a été préconisé par la plupart des auteurs (1).

Il a l'avantage de pouvoir s'appliquer aux fonds que le conjoint possède au moment du mariage et à celui qu'il recueillera par la suite par donation ou succession. En outre, on peut en faire usage quel que soit le régime

(1) CAPITANT, *Rev. crit.*, 1927, p. 58-61, n^o 34 ; GÉNY, note au S. 1933, 1.164 et s., § 3 ; NAST, D. H. 1929. *Chr.*, p. 38 ; SAVATIER, *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 avril 1929, art. 21.997, p. 223 ; SOLUS, *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 avril 1933, art. 22.434, p. 221 ; BASSET, Thèse précit., p. 257 ; MORIN, Thèse précit., p. 92.

adopté. Enfin, comme le procédé de mise en communauté, il confère à l'institué un droit participant à la stabilité des conventions matrimoniales, l'instituant pouvant cependant le réduire à néant par des actes à titre onéreux.

74. — Toutefois, réserve faite du droit au bail des propres qui, par application de l'article 1172, serait susceptible d'entraîner la nullité de toute la convention (*supra*, n° 41) trois objections peuvent être adressées à ce système :

a) Tout d'abord l'existence de l'élément gratuit, (quart ou moitié), condition de validité de la clause, présente l'inconvénient de priver les héritiers d'une quotité égale de la succession de leur auteur. Et sur ce point l'institution contractuelle ne réalise qu'incomplètement les intentions des parties. Avec la clause commerciale à titre onéreux, l'époux stipulant prétendait laisser à son conjoint l'établissement commercial sans nuire à ses ayants droit.

b) En outre, il n'est pas impossible que le bénéficiaire ne puisse entrer en possession de l'établissement. Il suffit pour cela que la valeur de l'élément gratuit dépasse le montant de la quotité disponible, soit en pleine propriété, soit en nue propriété et usufruit. Le fonds est un bien impartageable qu'il faudra liciter si la réserve n'a pas été respectée. Avec la clause condamnée cette situation ne se présentait pas, puisque l'on avait affaire à un contrat à titre onéreux. Ici au contraire nous sommes en présence d'une donation.

On a cependant soutenu (1) que la clause envisagée devait être considérée comme une convention de mariage. Cette théorie, hormis le cas de la présence d'enfants d'un premier lit, a l'avantage de ne pas rencontrer l'obstacle de la réserve. Mais elle ne nous paraît pas devoir être acceptée. Certes la clause de reprise à titre gratuit ou partiellement gratuit est contenue dans le contrat de mariage mais « elle ne se présente pas du point de vue où nous l'envisageons comme une clause de régime, mais bien

(1) VIGNANCOUR, Thèse précit., n° 99 et s.

comme une opération préalable et distincte des opérations de liquidation proprement dite (1) ». De plus, en l'espèce, il s'agit d'un fonds propre, or, comme le fait remarquer M. CAPITANT, « tous les articles du Code qui traitent des conventions de mariage ou entre associés (1515, 1525) supposent qu'il s'agit de biens communs (2) ».

A ces arguments on oppose, il est vrai, le principe de la liberté des conventions matrimoniales contenu dans l'article 1387 et l'on ajoute qu'aucun texte n'interdit aux époux de convenir que le survivant prélèvera, à la dissolution du mariage, un bien appartenant à son conjoint. Le code lui-même contient un exemple de ces prélèvements. L'article 1515 n'autorise-t-il pas la femme renonçante à exercer un préciput stipulé au contrat de mariage ! Or ce préciput ne peut avoir pour objet qu'un bien appartenant désormais à la succession du mari. La renonciation rétroactive de la femme a eu pour résultat d'anéantir la distinction des biens communs et des propres du conjoint prédécédé.

Cette théorie cadre bien avec les idées que nous avons soutenues lorsque nous avons envisagé la conservation d'un fonds de communauté par une femme renonçante. Nous ne pouvons cependant l'admettre, car suivant en cela M. le Professeur VIALLETON nous avons considéré l'article 1515 comme un texte exceptionnel que l'on doit interpréter restrictivement.

c) Enfin il faut remarquer que ce procédé sera d'autant plus conforme à l'intention des époux que l'élément gratuit sera moins considérable, que la convention se rapprochera davantage d'un contrat à titre onéreux. Il est à craindre que les conjoints n'aient tendance à exagérer l'importance de la charge.

75. — Et l'on se prend à douter de la valeur juridique de ce succédané. A quel moment, en effet, la charge sera-

(1) GÉNY, *Sem. Jur.*, p. 698, col. 2.

(2) CAPITANT, *Rev. crit.*, 1927, n° 32.

t-elle jugée suffisante pour transformer une libéralité valable en un acte onéreux contraire à la règle de la prohibition des pactes sur succession future ? Le problème est complexe. C'est celui de la distinction des actes juridiques.

76. — Pour le résoudre, analysons la notion de libéralité. Les rédacteurs du Code civil lui ont consacré les articles 894 et 1105. L'article 894 définit la donation entre vifs par rapport au donateur. C'est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte. Aux termes de l'article 1105 le contrat de bienfaisance est un contrat dans lequel l'une des parties procure à l'autre un « *avantage purement gratuit* ».

Ces deux définitions nous paraissent insuffisantes. L'article 1105 du reste emploie les mots mêmes qu'il fallait définir. Que faut-il entendre en effet par avantage ? Doit-il être pécuniaire ? Un avantage moral sera-t-il jugé suffisant ? Dans le premier cas quelle doit en être l'importance ? De ce texte nous pouvons retenir cependant l'expression « *purement gratuit* ».

En raisonnant par *a contrario* nous pouvons dégager la notion de libéralité de l'article 1104 qui a pour objet le contrat commutatif. Est commutatif le contrat dans lequel chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose *qui est regardée* comme *l'équivalent* de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.

Il y aura donation là où il n'y aura pas équivalence entre les deux engagements. Le trait caractéristique de l'opération à titre gratuit est l'absence d'une contre partie. Mais il faut que cette absence de contre partie soit voulue. L'intention libérale doit nécessairement s'être manifestée. Dans un acte onéreux il peut arriver que les deux prestations, économiquement, n'aient pas la même valeur. On ne peut prétendre cependant qu'il y ait donation car ce que l'une des parties donne « *est regardé* » comme l'équivalent de ce qu'elle reçoit.

Les deux éléments constitutifs de la donation sont donc : l'intention libérale et l'absence de contre-partie.

77. — Ne faut-il pas alors décider avec M. GÉNY qu'« une opération juridique produisant déplacement de valeurs entre patrimoines ne constitue donation entre vifs que dans la mesure où ce déplacement de valeurs est consenti sans contre-partie qui en fait une opération onéreuse », et admettre que la formule proposée sera valable seulement dans la limite où elle permet la reprise du fonds à titre gratuit.

Avec ce raisonnement on aboutit à des impossibilités de fait qui enlèvent à la clause tout intérêt.

78. — N'existe-t-il pas un moyen d'éviter la rigueur de ces déductions ?

On pourrait tout d'abord objecter l'existence dans le code des textes consacrés aux libéralités avec charge. Mais nous recherchons justement la limite à partir de laquelle il n'y aura plus libéralité avec charge mais contrat onéreux.

Pour justifier l'opération dans son ensemble il ne paraît pas possible d'invoquer l'intention des parties de ne pas la scinder en deux fractions. Ainsi que l'a soutenu M. ESMEIN « on n'a pas coutume d'interroger l'intention des parties lorsqu'il s'agit d'une règle d'ordre public. Qu'est donc cette règle d'ordre public à laquelle on échappe en faisant une donation minime, pourvu qu'elle ne soit pas dérisoire par rapport à la valeur du fonds (1) ? »

Peut-être pourrait-on recourir au principe de l'indivisibilité des actes juridiques et faire application de la veille maxime : *Pars major trahit ad se minorem*. Mais nous savons que la majorité des auteurs en limitent l'usage aux cas extrêmes. C'est ainsi que dans la donation avec charge ils décident qu'il y a libéralité si la charge *est peu importante*, et vente si elle est très *considérable*. L'imprécision

(1) ESMEIN, D. H. 1933, p. 64, *loc. cit.*

des termes employés nous prévient de l'inefficacité de cette solution. La qualification d'un acte dépendrait alors d'une appréciation personnelle. Dans les autres cas, quand la charge par exemple a une valeur moyenne, quel parti prendre ?

La question de l'indivisibilité des actes a été soulevée à différentes reprises et en particulier lorsqu'il s'est agi, sous le régime de la communauté, de décider du sort d'un immeuble acquis en échange d'un propre avec paiement d'une soulte. Dépendait-il de la communauté ou de la succession ? Les auteurs se sont divisés (nous avons déjà fait allusion à cette controverse dans l'introduction). Les uns, suivant POTHIER, ont proposé, lorsque la soulte était de la moitié environ de la valeur de l'immeuble acquis en contre-échange, de diviser l'acte en deux parties : vente et échange. Cette façon de procéder avait pour résultat de faire de l'immeuble un propre pour la partie échangée et un acquêt pour la partie achetée.

C'était reconnaître à l'opération une double nature, un caractère mixte. Les autres au contraire ont pensé que du moment que la soulte était supérieure à la moitié de la valeur de l'immeuble, on avait affaire à une vente.

Appliquée à la clause commerciale cette dernière solution, qui a l'avantage d'éviter l'arbitraire dans la qualification des actes, conduirait à des résultats étranges sur lesquels il n'est pas besoin d'insister.

D'autre part, si nous classons la clause de conservation de fonds de commerce réalisant une institution contractuelle avec charge dans la catégorie des actes mixtes la question ne fait aucun progrès.

L'acte mixte est un acte qui participe à la fois du contrat gratuit et du contrat commutatif (1). « Il a tous les caractères communs aux actes gratuits et onéreux : il est libre, translatif ou constitutif de droits patrimoniaux mais

(1) PLANIOL, RIPERT et TRASPOT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. V ; *Donations et testaments*. Paris, 1933, p. 329, n° 315.

en outre il réunit aussi les caractères spécifiques de chacun de ceux-ci (1). »

De même que, lorsqu'il s'agissait de l'échange de l'immeuble avec soulte, on avait analysé l'opération en une vente et un échange, de même la clause commerciale serait considérée comme réalisant une donation et une vente.

Mais encore faudrait-il fixer le chiffre à partir duquel il y aura acte mixte. En supposant ce point établi, il resterait à déterminer à quelles règles obéirait cet acte. Seraient-ce celles des actes à titre gratuit ou celles des actes à titre onéreux ? Question délicate qui s'est posée d'une façon plus générale pour les donations avec charge et l'opinion qui prévaut tend à faire prédominer l'élément gratuit : la charge n'aurait pour effet que de diminuer l'importance de la libéralité. Ce serait donc un effet négatif, destructeur (2). Insensiblement on revient au principe d'indivisibilité des actes juridiques.

79. — La théorie ne fournit pas la réponse à notre question : à quel moment la charge sera-t-elle jugée suffisante pour transformer une libéralité valable en un acte onéreux contraire à la règle de la prohibition des pactes sur succession future ?

En réalité, nous avons là une question de fait qui doit être laissée à la libre appréciation des juges.

L'étude de la jurisprudence ne donne pas de solution précise. Les décisions judiciaires sont peu nombreuses d'ailleurs. Nous pouvons cependant citer un jugement du Tribunal de la Seine du 4 juillet 1924 (3) rendu dans une

(1) CHAMPEAUX, Thèse Strasbourg, 1931. *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en Droit français*, p. 255.

(2) AUBRY et RAU, t. XI, p. 334, § 705, note 6.

Trib. civ. Lille (1^{re} Ch.), 5 mai 1928, *Sem. jur.*, 17 janvier 1929, p. 94 (article signé H. M.).

(3) Trib. Seine, 4 juillet 1924, *Gaz. Pal.* 24.2.652 ; S. 28.2.33 (note GÉNY) ; D. H. 24.611 ; *J. N.*, 20 avril 1925, art. 34.322, p. 271 et 20 août 1926, p. 574 ; *J. du Not.*, 25 janv. 1925, p. 46 ; *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 15 nov. 1924, art. 20.722.

espèce où le survivant des époux devait reprendre le fonds de commerce à dire d'experts, exception faite de la clientèle qui ne devait pas être soumise à estimation. Le tribunal a décidé que par suite de l'attribution à titre gratuit *d'un des éléments essentiels du fonds* « la convention présentait le caractère d'une libéralité avec charge, la charge consistant dans le remboursement de la valeur des éléments du fonds à l'exception de l'achalandage ».

Nous avons vu d'autre part (*supra*, p. 83) la Cour de Rouen se montrer très large dans la reconnaissance du caractère gratuit. Toutefois nous ne tirerons pas argument de cet arrêt. La prétendue libéralité avait en effet pour objet un établissement de communauté.

80. — Nous préférons retenir l'affaire *Paquien-Bouvier* dans laquelle le Tribunal de la Seine (1) analysa la clause commerciale en une donation de biens à venir avec charge en des circonstances réellement peu favorables :

Un sieur Bouvier, boucher à Paris, divorcé en premières noces d'une dame Gardeau, était décédé en 1927 époux en troisième noces de M^{me} Sigard avec laquelle il était marié sous le régime de la séparation de biens. Leur contrat de mariage (art. 7) contenait stipulation que le survivant aurait la faculté de conserver pour son compte le fonds de commerce exploité au décès du prémourant « *moyennant, paiement des marchandises et objets mobiliers en dépendant, d'après la prisée de l'inventaire, et l'achalandage d'après l'estimation faite par experts* ».

L'unique héritier de M. Bouvier était un fils mineur Marcel Bouvier, né de son union avec M^{me} Gardeau devenue épouse Paquien.

De la succession dépendaient deux fonds de boucherie que sa veuve prétendit conserver en vertu de la clause du contrat de mariage. Mais M^{me} Paquien en qualité de tutrice

(1) Trib. Seine, 28 mars 1930. *Gaz. Pal.* 31.1.444 ; S. 32.2.1 (note GÉNY) ; *Rép. gén. prat. du Not. et Enreg.*, 30 mai 1931, art. 22.760.

du mineur Bouvier forma une demande en nullité de ladite clause pour atteinte à la prohibition des pactes sur succession future et au droit de l'héritier de recevoir sa réserve en nature.

La défenderesse soutint que ne devant tenir compte à la succession que des marchandises et objets mobiliers d'après la prise de l'inventaire, *ainsi que de l'achalandage à dire d'experts*, elle bénéficiait à titre gratuit des autres éléments du fonds, tels : le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail.

Il semblait au contraire que par le mot « achalandage » les parties aient visé tous les droits incorporels par opposition aux éléments corporels, marchandises et matériel, pour lesquels un mode d'appréciation différent avait été prévu.

Le tribunal admit cependant son argumentation dans les attendus suivants :

« Attendu que pour déterminer si comme le prétendent les demandeurs, il n'y a pas libéralité parce que le mot « achalandage » vise tous les éléments incorporels des fonds de commerce par opposition aux marchandises, il convient de rechercher qu'elle a pu être la commune intention des parties ;

Attendu que les experts nommés par ordonnance de référé ont estimé la valeur immatérielle des fonds savoir : à 150.000 fr. pour la clientèle et l'achalandage, 100.000 francs pour le droit au bail de la boucherie de la rue du Commerce ; 200.000 francs pour la clientèle et l'achalandage, 350.000 francs pour le droit au bail de la boucherie du Faubourg Saint-Denis ; qu'il est de toute évidence que Bouvier, propriétaire des fonds, n'ignorait pas, au moment de son mariage, que le droit au bail de ces deux fonds avait une valeur importante puisque, lors de leur acquisition, le droit au bail avait été pour chacun d'eux, expressément et formellement désigné dans la nomenclature des éléments ; qu'en outre, le contrat de mariage stipule que le survivant bénéficiaire du fonds aura seul droit au bail des lieux où il s'exploite à la charge de payer les loyers et d'exécuter les charges et conditions du bail ; qu'il est donc raisonnable d'en conclure que les époux

ont entendu ne pas imposer au bénéficiaire de la clause le paiement à la succession de la valeur de ce droit au bail, ce qui constitue incontestablement une libéralité. »

Sans faire la critique de cette décision, on peut cependant se demander si les juges de la Seine auraient statué dans le même sens au cas où la libéralité n'eût porté que sur l'enseigne ou le nom commercial, éléments que le jugement du 28 mars n'a pas pris en considération. Dans les deux espèces considérées l'élément gratuit était considérable : le conjoint bénéficiaire se voyait attribuer sans contre-partie *un des éléments essentiels du fonds* : clientèle ou droit au bail. Il paraît impossible d'extraire de ces jugements la solution du problème posé.

81. — La Cour de cassation dans son arrêt du 11 janvier 1933 n'a pas fait connaître sa doctrine sur ce point. Certes on peut lire dans les attendus « que du moment que les droits sociaux du mari étaient attribués à la veuve contre versement de leur valeur aux héritiers de celui-ci, *donc à titre onéreux*, la clause tombait nécessairement sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future », et déduire de cette phrase un argument en faveur de l'institution contractuelle.

Mais on ne peut négliger le fait que dans l'affaire *Crémieux* se trouvait une donation éventuelle dont la Cour n'a pas tenu compte.

Aux termes du contrat de mariage, M^{me} Crémieux avait la faculté de conserver les droits sociaux à la condition d'en payer la valeur aux héritiers de son mari, valeur déterminée par le dernier inventaire ayant précédé le décès. Or dans cet inventaire le fonds de commerce figurait pour un franc.

De plus, au cas où elle eut renoncé à exercer la faculté de reprise, l'associé survivant devait rester seul propriétaire des biens sociaux « en tenant compte aux héritiers de l'associé prédécédé, non seulement de leurs droits chiffrés dans le dernier inventaire social, mais encore de

la moitié de la valeur du fonds de commerce estimé à une somme égale au montant des bénéfices nets pendant les trois dernières années (1) ».

La veuve recevait donc à titre gratuit la valeur de la moitié du fonds, soit plusieurs centaines de milliers de francs. La Cour a cependant analysé la clause en une promesse de vente.

Il faut du reste reconnaître avec M. DEYZAC que « ce caractère de libéralité que revêtait manifestement la clause litigieuse dans l'affaire *Crémieux* ne paraît pas avoir été signalé dans aucun des débats. Du moins, le jugement du Tribunal de la Seine, l'arrêt de la Cour d'appel, et l'arrêt de la Cour de cassation ne portent aucune trace qu'il ait été produit, par voie de conclusions et d'articulations écrites, une argumentation directe en ce sens (1). »

Pour trouver l'expression de la conception de la donation avec charge de la Cour suprême il faut remonter à l'arrêt du 24 janvier 1928 :

« Attendu que toute donation implique nécessairement que le disposant se dépouille de la chose donnée sans rien recevoir en échange ou *du moins sans recevoir un équivalent qui fasse disparaître la gratuité essentielle* du contrat (2) ».

La formule employée par la Chambre des Requêtes est particulièrement vague. Que faut-il entendre par cette expression « *gratuité essentielle* » ? Quelle charge fera disparaître le caractère de libéralité de la clause ? Faut-il entendre par « *équivalent* » une charge égale à la valeur de l'objet de la donation ? L'usage de l'adjectif « *essentielle* » ne semble pas permettre cette interprétation.

82. — En conclusion, la valeur juridique de la clause commerciale réalisant une institution contractuelle avec

(1) DEYZAC, *J. N.*, 5 mars 1933, p. 231, *loc. cit.*

(2) Cass. req., 24 janv. 1928 ; S. 1929.1.137 (*Ep. Patient Marty c. ép. Cavalier Marty*).

charge apparaît comme très incertaine. Les notaires devront se montrer très prudents dans la détermination de la contre-partie imposée à l'époux bénéficiaire. Si l'on ne veut pas que l'efficacité de ce procédé, en apparence merveilleux, dépende de l'appréciation arbitraire des juges, il faudra que l'intention libérale des contractants ne puisse être mise en doute.

Mais les deux premières critiques que nous avons adressées gardent toute leur valeur.

Conclusion

83. — De tous les moyens préconisés par le notariat pour parer à la nullité qui frappe la clause de reprise d'un fonds de commerce propre moyennant indemnité, nous avons pu nous rendre compte qu'aucun ne donnait entière satisfaction. La réaction du notariat s'est donc révélée impuissante.

Au début de l'analyse de cette réaction notariale nous avons énuméré les conditions que, selon nous, devait remplir la formule idéale susceptible de remplacer exactement la clause condamnée. Elle devait :

1° Ne pas enfreindre la règle de la prohibition des pactes sur succession future.

2° Ne causer aucun préjudice aux héritiers.

3° Attribuer à l'époux survivant un droit définitif.

4° Enfin laisser à l'époux titulaire la libre disposition de son fonds.

Voyons parmi les succédanés proposés lequel se rapproche le plus de la formule type recherchée et pour cela reprenons l'examen de chacune de ces conditions.

La première, la principale à nos yeux, concernait non seulement la faculté de prélèvement d'un fonds propre moyennant indemnité, mais encore le droit du conjoint survivant d'exiger des héritiers du défunt un bail des immeubles de la succession et le droit reconnu à la femme renonçante de conserver le fonds dépendant de la communauté. Seul le testament satisfait à cette condition. Nous avons vu, en effet, la formule de mise en communauté établie par les rédacteurs du *Répertoire Général pratique du notariat et de l'enregistrement* contenir les clauses habituelles relatives à l'exercice de la faculté par

la femme renonçante et au droit pour le survivant d'exiger un bail des immeubles propres dans lesquels pouvait s'exploiter l'établissement commercial. Cette dernière clause figure également dans la formule d'institution contractuelle, et nous avons dit nos craintes de la voir entraîner, par application de l'article 1172 du Code civil, la nullité de toute la convention.

La deuxième condition — sauvegarder les droits des héritiers — est encore réalisée dans le testament. Avec le procédé du legs avec charge en effet les héritiers ne subissent aucun préjudice puisqu'il est possible au testateur de stipuler une charge égale à la valeur du fonds légué. Au contraire le procédé de mise en communauté les prive, presque inévitablement, de la moitié de la plus-value acquise par le fonds au cours du mariage, et le procédé de l'institution contractuelle avec charge, du montant de la libéralité que doit nécessairement comporter une donation de biens à venir pour être valable.

Le droit conféré au conjoint survivant devait de plus présenter un caractère définitif. Sur ce point la mise en communauté et l'institution contractuelle par contrat de mariage sont évidemment supérieures au legs avec charge, puisque la faculté de prélèvement participe alors de la stabilité des conventions matrimoniales. Mais nous avons indiqué le peu d'importance qu'il fallait attacher à cette différence entre les succédanés de la clause commerciale et nous en avons donné les raisons.

Enfin, la quatrième condition n'est satisfaite que par l'emploi du testament qui, en effet, ne modifie aucunement le droit de disposition de l'époux titulaire. Au contraire, l'institution contractuelle lui interdit l'usage des actes à titre gratuit, et si le fonds est tombé en communauté du chef de la femme, celle-ci se voit privée de tous ses droits sur un bien dont elle était propriétaire.

Cette comparaison est à l'avantage du legs avec charge. Sans être irréprochable ce procédé paraît de nature à satisfaire la plupart des *desiderata* des contractants. Toutefois, nous ne pouvons faire abstraction de la controverse

soulevée par M. le Professeur NAST au sujet de la réductibilité de ces legs pour atteinte à la réserve en nature. A l'appui de la thèse favorable à la réduction nous ne pouvons citer aucune décision judiciaire, mais il semble qu'elle soit déjà sanctionnée de façon implicite. Les divers jugements (1), et en particulier celui rendu par le Tribunal de Rouen, le 5 avril 1921, dans l'affaire *Montloin-Forges*, qui ont vu une infraction à la règle de la réserve en nature dans la clause des contrats de mariage qui remplaçait, dans le patrimoine de l'époux prémourant, le fonds de commerce par une créance de somme d'argent, n'ont-ils pas dépassé le point de vue défendu par M. le Professeur NAST. Cet auteur, nous l'avons dit, estime, en effet, qu'il ne saurait y avoir atteinte à cette règle par des actes entre vifs à titre onéreux comme les clauses commerciales, car s'il y a un aménagement de la réserve il est effectué du vivant du *de cuius*, tandis qu'avec le legs avec charge cet aménagement est postérieur au décès. De ces décisions ne peut-on alors déduire la condamnation de cette sorte de legs, lorsque la valeur des biens légués excède le montant de la quotité disponible ?

84. — Les praticiens ne sont donc pas restés inactifs. M. le Doyen GÉNY ne pourrait plus porter sur le notariat un jugement aussi sévère qu'en 1928. Il n'y a plus eu que « des doléances sentimentales et vagues ». Il y a eu une réaction qui s'est traduite par les recherches d'une formule type.

Regrettons cependant que les efforts effectués soient restés isolés, que les congrès des notaires n'aient pas abordé cette question très importante à notre avis, qu'enfin aucun projet de réforme législative n'ait été élaboré. Il semble pourtant que ce soit à cette dernière solution qu'il faille recourir pour mettre fin à toutes les controverses soulevées par les clauses commerciales puisque la réaction du

(1) Trib. civ. Gand, 17 juin 1874 (Pas. 74.3.314) et 30 mars 1904 (S. 1906.4.33) ; Seine, 24 déc. 1928 (Affaire *Crémieux* précit.).

notariat s'est révélée en partie inefficace, le legs avec charge ne donnant, ni aux praticiens, ni aux époux, toute la sécurité demandée.

Une réforme législative seule pourrait faire disparaître, avec toutes les incertitudes nées du jugement de Rouen, et que nous avons montrées lors de l'étude de la portée de l'arrêt de la Chambre civile du 11 janvier 1933, cette anomalie qui consiste à permettre l'exercice de la clause commerciale, sans indemnité ou moyennant une indemnité partielle, et à l'interdire lorsqu'il a lieu à titre onéreux, c'est-à-dire quand il ne cause aux héritiers aucun préjudice.

Tous les auteurs intervenus dans la controverse, à l'exception de MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE et MOREAU, ont reconnu les mérites des clauses condamnées, il importe donc d'en permettre la stipulation comme autrefois.

85. — Mais dans quel sens l'action du législateur devrait-elle s'exercer ? Quel pourrait être son objet ?

Nous avons vu que deux règles juridiques faisaient obstacle à l'exercice du droit de conservation par le conjoint survivant : la règle de la prohibition des pactes sur succession future, si ce droit a été accordé dans un contrat de mariage, et la règle de la réserve en nature, si ce droit résulte d'une disposition testamentaire.

Il suffirait donc de modifier l'une ou l'autre de ces règles, ou peut-être même les deux, dans un sens favorable aux clauses commerciales.

86. — Le moyen radical pour assurer la validité de la clause de fonds de commerce consisterait à supprimer purement et simplement de notre droit l'interdiction des pactes successoraux dont les raisons d'être sont pour la plupart disparues. Dans le droit intermédiaire, dont l'un des traits caractéristiques a été l'exaspération de l'individualisme, cette interdiction avait pour but de maintenir l'égalité entre tous les héritiers. On craignait alors le rétablissement du privilège de masculinité et du droit d'aînesse. Et pour les rédacteurs du Code civil les raisons qui

justifiaient la prohibition n'étaient pas différentes. De nos jours ces craintes n'existent plus.

Toutefois ce vieux dogme a encore de nombreux partisans. Dans son commentaire de l'arrêt de la Chambre civile, M. le Professeur CAPITANT n'écrit-il pas : « La prohibition des pactes sur succession future est, quoi qu'on ait dit, fondée sur de solides raisons qui n'ont rien perdu de leur force. »

Pour éviter des débats fort longs, des renvois devant les commissions, peut-être serait-il préférable de se contenter d'une réforme de moindre envergure, en faisant de la clause commerciale une exception à cette règle des pactes successoraux considérée longtemps comme l'une des bases essentielles de notre droit. M. CAPITANT a d'ailleurs établi un texte en ce sens qui formerait un alinéa nouveau de l'article 1389 du Code civil et dont voici la rédaction :

« Il est permis d'insérer dans un contrat de mariage une clause donnant à l'époux survivant la faculté de conserver pour son compte personnel l'établissement commercial, industriel, agricole ou les droits sociaux appartenant en propre au conjoint prédécédé, à charge de payer la valeur aux héritiers de celui-ci. »

87. — Mais on peut concevoir une réforme législative ayant un autre objet. Si l'on admet avec M. MOREAU que la révocabilité du legs ne constitue pas un inconvénient, le legs avec charge donnerait entière satisfaction comme succédané de la clause commerciale, s'il n'était de nature à porter atteinte à la règle suivant laquelle les héritiers ont le droit d'exiger leur réserve en biens dépendant de la succession. Il conviendrait alors de faire disparaître cette cause éventuelle de nullité en permettant entrè époux la transmission intégrale de l'établissement commercial, industriel, agricole ou des droits sociaux attachés à la personne sans que le conjoint survivant puisse être obligé, en vertu de l'article 866 du Code civil, de rapporter en nature tout ce qui excède le montant de la quotité disponible.

88. — De nombreuses législations étrangères autorisent déjà cette transmission intégrale à un seul héritier.

En ce sens nous pouvons citer l'article 620 du Code civil Suisse dont voici le texte :

« S'il existe parmi les biens une exploitation agricole, elle est, en tant qu'elle constitue une unité économique, attribuée entièrement à celui des héritiers qui le demande et qui paraît capable de se charger de l'entreprise ; le prix en est fixé à la valeur de rendement.

« Cet héritier peut exiger que le bétail, le matériel et les approvisionnements servant à l'exploitation lui soient également attribués, le prix d'attribution étant fixé pour le tout suivant les règles applicables à l'estimation des immeubles. »

En Espagne l'article 1056 autorise le père qui désire conserver l'unité à une exploitation agricole, industrielle ou commerciale, à la laisser entière à l'un de ses enfants à la condition de payer aux autres leur réserve en argent (1).

En Allemagne, c'est l'institution de l'*Anerbenrecht* qui permet au propriétaire d'une exploitation agricole de désigner son seul successeur, l'*Anerbe*, qui indemniserà les autres héritiers au moyen de soultes.

En France, même, on peut constater l'existence d'un courant favorable à la transmission d'une exploitation dans son intégralité, par réaction contre la dispersion des biens, le morcellement de la propriété, qui ont pour conséquence la dispersion, la dislocation de la famille, base de notre organisation sociale. Quelques lois ont été votées en ce sens. C'est ainsi que la loi du 5 décembre 1922, portant codification des lois sur les habitations à bon marché et la petite propriété (lois des 30 novembre 1894, 12 avril 1906, 10 avril 1908), accorde, dans son article 81, à chacun des héritiers et au conjoint survivant lorsqu'il est co-propriétaire, au moins pour moitié, de la maison construite dans des conditions déterminées, la faculté de reprendre cette maison sur estimation.

(1) PLANIOL et RIPERT, t. 3, n° 2.321.

La loi du 12 juillet 1909, sur la constitution d'un bien de famille insaisissable, qui fut modifiée par celles des 14 mars 1928 et 22 février 1931, confère au survivant des époux, s'il est co-propriétaire du bien, la faculté d'en réclamer l'attribution intégrale sur estimation, à l'exclusion des héritiers.

La loi du 19 mars 1917 a permis temporairement au conjoint d'une victime des hostilités de conserver sur estimation l'exploitation propre au défunt.

L'article 73 de la loi du 1^{er} juin 1924 qui introduit le droit civil français en Alsace-Lorraine, autorise, sous certaines conditions, la transmission intégrale d'une exploitation agricole, industrielle ou commerciale ayant fait l'objet d'un don ou d'un legs au profit d'un successible en ligne directe ou du conjoint survivant, sans limitation de la valeur du bien transmis. Voici la teneur de cet article :

« Lorsque le don ou legs fait à un successible en ligne directe ou au conjoint survivant a pour objet une exploitation agricole, industrielle ou commerciale unique, le donataire ou légataire peut, par dérogation à l'article 866 du Code civil, retenir en totalité l'objet de la libéralité même si la valeur de cet objet excède la quotité disponible et quel que soit cet excédent, sauf à récompenser les co-héritiers ou héritiers en argent ou autrement.

« Il en est de même lorsque le don au legs fait au conjoint survivant concerne les objets mobiliers ayant servi au ménage commun des époux.

« L'estimation d'une exploitation agricole se fait à dire d'experts, sur la base du revenu net moyen de l'exploitation à l'époque de l'ouverture de la succession.

« Les avantages résultant, pour le donataire ou légataire d'une exploitation agricole, des délais accordés pour le paiement des sommes dues aux héritiers, ne constituent pas une libéralité imputable sur la portion disponible et sur la réserve légale, même si les sommes sont stipulées non productives d'intérêts, pourvu toutefois que le paiement ne soit pas retardé au delà de cinq ans à partir de l'ouverture de la succession du disposant. En cas de vente totale ou partielle des immeubles

légues ou donnés avant l'expiration du délai de libération les sommes encore dues deviennent immédiatement exigibles ».

Ce texte permet donc aux réservataires ou au conjoint survivant (légataires ou donataires par préciput et hors part) la conservation non seulement des exploitations agricoles, industrielles ou commerciales ayant un caractère d'unité, mais encore du mobilier ayant servi au ménage commun. Il apporte une exception à l'article 866 du Code civil et à la règle que la réserve doit être fournie en biens héréditaires et non en argent. Il pourrait constituer le cadre d'une réforme législative.

Enfin nous pouvons citer un projet de loi déposé par M. Maurice COLRAT, garde des Sceaux, le 30 novembre 1923 (1) tendant à assurer la transmission intégrale de la propriété rurale en ligne directe et à modifier les règles de la licitation. Ce projet fut renvoyé à la Commission de législation civile et criminelle, et M. JAEGER fut chargé de le rapporter. Plusieurs modifications y furent apportées, en particulier la partie relative aux règles de la licitation fut écartée, et le texte voté par la Chambre le 7 mars 1924 présente de nombreuses analogies avec l'article 73 dont M. JAEGER était l'auteur. Il nous paraît intéressant de donner ici la rédaction de ce texte qui, remarquons-le, n'a pas encore été discuté par le Sénat.

« ARTICLE 1^{er}. — L'article 859 du Code civil est complété de la manière suivante : Toutefois le rapport d'immeubles ruraux donnés à un successible en ligne directe se fait en moins prenant sauf en ce qui concerne les immeubles pouvant être détachés d'une exploitation agricole, sans porter atteinte à son unité.

« ARTICLE 2. — L'article 866 du Code civil est complété de la manière suivante : Toutefois lorsque le don ou legs fait à un successible en ligne directe ou au conjoint survivant a pour objet une exploitation agricole, le donataire ou légataire peut

(1) *J. O.*, 1923. *Documents parlementaires III*. Annexe n° 6.660, p. 432. Séance du 30 novembre 1923.

retenir en totalité l'objet de la libéralité même si la valeur de cet objet dépasse la quotité disponible et quel que soit cet excédent, sauf à récompenser les co-héritiers en argent ou autrement. Il en est de même lorsque le don ou le legs fait au conjoint survivant concerne les objets mobiliers ayant servi au ménage commun des époux.

« ARTICLE 3. — L'article 924 du Code civil est complété de la manière suivante : sans préjudice des dispositions de l'article 866, paragraphe 3 ; » •

89. — Deux voies s'offrent donc au législateur : ou modifier la règle de la réserve en nature ou restreindre le domaine de la prohibition des pactes sur succession future. Toutefois une réforme limitée à un seul de ces objets serait insuffisante. D'une part, il est nécessaire de placer les notaires en face d'une situation nette, débarrassée de toute question litigieuse, de mettre fin à toutes les incertitudes doctrinales qui font douter de l'efficacité des conventions. Or ce résultat ne peut être obtenu que par une réforme portant non pas sur un seul des points indiqués mais sur les deux.

D'autre part, si on modifiait uniquement les textes relatifs à la prohibition des pactes sur succession future, seuls recevraient satisfaction les époux qui établissent avant leur mariage les bases de leur union ; ceux au contraire qui ne font pas de contrat de mariage, ou s'ils en font un n'y insèrent pas la clause commerciale, seraient encore dans l'impossibilité de stipuler au profit du survivant d'eux la conservation de l'établissement commercial qu'ils exploitent. En effet, l'usage du legs avec charge leur est interdit comme étant de nature à modifier la composition de la réserve et la donation entre époux comme étant susceptible d'être réduite, et par suite rendue inefficace, lorsque la quotité disponible sera dépassée.

Nous avons établi un projet de réforme d'après les idées que nous venons d'exposer.

Dans un premier article, nous écarterons toute possibilité d'annulation de la clause commerciale pour atteinte

à la prohibition des pactes successoraux. Nous ne nous contenterons pas du projet établi par M. CAPITANT qui modifie l'article 1389 du Code civil uniquement au bénéfice de la clause de prélèvement d'un propre insérée dans un contrat de mariage. Il convient, selon nous, d'étendre cette réforme, non seulement aux cas où cette clause est contenue dans une donation entre époux, mais aussi aux parties accessoires de la formule : droit d'exiger un bail des immeubles propres et faculté d'option pour la conservation d'un fonds commun accordée à la femme, même si elle renonce à la communauté.

Dans un deuxième article qui vise plus particulièrement les époux mariés sous le régime de la communauté légale, nous reprendrons l'idée directrice du projet de loi voté par la Chambre des députés le 7 mars 1924, qui se proposait de compléter l'article 866 du Code civil en permettant la transmission intégrale d'une exploitation agricole ayant fait l'objet d'un don ou d'un legs. Mais nous donnerons à cette réforme une portée plus large en l'appliquant non seulement aux exploitations rurales mais encore aux établissements industriels ou commerciaux et aux droits sociaux attachés à la personne.

Enfin, un troisième article aura pour effet de mettre en accord l'article 866, ainsi modifié, et l'article 924.

90. — En conséquence nous avons rédigé notre projet de la façon suivante :

« ARTICLE 1^{er}. — L'article 1.389 du Code civil est complété comme suit :

« Est considérée comme licite toute clause d'un contrat de mariage ou d'une donation entre vifs accordant à l'époux survivant la faculté de conserver pour son compte personnel l'établissement agricole, industriel, commercial ou les droits sociaux attachés à la personne appartenant en propre au conjoint prédécédé à charge d'en payer la valeur aux héritiers de celui-ci, à la condition que cette valeur soit déterminée par experts nommés par le Président du Tribunal civil du siège du bien conservé.

Si ces établissement ou droits sociaux dépendent de la communauté, la même faculté pourra également être accordée à la femme renonçante.

« Dans ces deux cas, si l'exploitation s'exerce dans ou sur des immeubles dépendant de la communauté ou de la succession du prémourant, les ayants droit à la succession du défunt devront en consentir bail au survivant pour la durée et aux charges et conditions d'usage qui seront fixées d'accord entre les parties et, à défaut d'accord, par experts choisis comme il est dit plus haut ; le bail ainsi consenti ne devra contenir aucune clause interdisant de sous-louer ou d'en céder le droit. »

« ARTICLE 2. — L'article 866 du Code civil est complété ainsi qu'il suit :

« Toutefois lorsque le don ou le legs fait au conjoint survivant a pour objet une exploitation agricole, industrielle ou commerciale ou des droits sociaux de nature personnelle, le conjoint survivant peut retenir en totalité l'objet de la libéralité, même si la valeur de cet objet excède la quotité disponible, et quel que soit cet excédent, sauf à indemniser les ayants droit en argent ou autrement.

« Cette valeur sera déterminée à dire d'experts nommés par le Président du Tribunal civil du siège du bien conservé.

« Les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 1.389 sont applicables aux dons et legs visés par l'alinéa 3 du présent article. »

« ARTICLE 3. — L'article 924 du Code civil est complété de la façon suivante :

« Sans préjudice de l'article 866 alinéa 3. » (1)

(1) Nous avons communiqué ce projet à M^e VOITURIEZ, Président de l'Association Nationale des Notaires de France, qui a bien voulu nous faire part de ses observations. Les préférences de M^e VOITURIEZ vont à un texte rédigé dans des termes plus généraux, et que nous publions ici avec son autorisation :

« ARTICLE 1389. — Néanmoins il leur est permis de conférer au survivant d'eux la faculté de conserver ou de reprendre, à titre gratuit dans les limites de la quotité disponible, ou à titre onéreux moyennant prix à fixer par experts, tels des biens meubles et immeubles apparte-

Il nous apparaît que l'imprécision donnée à dessein à la phrase : « Est considérée comme licite..., etc. » serait de nature à conférer à la réforme un caractère rétroactif et remédierait à la nullité des clauses commerciales des contrats de mariage antérieurs à l'arrêt du 11 janvier 1933.

De plus, la nomination des experts par le Président du tribunal civil donnerait toutes garanties aux héritiers quant à la sincérité de l'estimation. Et ainsi seraient évités les abus qui se produisent lorsque la désignation des experts est laissée au choix des parties.

Enfin, nous avons limité la faculté de reprise aux droits sociaux personnels parce que ce sont les seuls à pouvoir faire l'objet d'une clause de continuation d'une société de personnes, clause que nous avons considérée comme nulle.

Nous serions heureux si cette modeste étude, malgré toutes ses imperfections, pouvait contribuer à montrer l'importance de la question au monde notarial et à inciter ses membres dirigeants à demander le vote d'un projet de réforme législative tendant aux mêmes fins que le nôtre. Ce serait là, à nos yeux, la seule réaction efficace.

nant au prémourant que bon leur semblera, et de conférer au survivant dans les mêmes conditions tous droits réels ou personnels sur ces mêmes biens.

« ARTICLE 866. — L'époux survivant donataire, légataire ou bénéficiaire d'une promesse d'attribution pourra dans tous les cas conserver en nature le bien à lui donné, légué ou attribué, dans les conditions fixées par le troisième alinéa de l'article 1389.

« ARTICLE 924. — Sans préjudice de l'article 866, alinéa3.

Vu : le Doyen,
E. ALLIX.

Vu : le Président de la thèse,
NIBOYET.

Vu et permis d'imprimer :
le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

APPENDICE

La Cour d'Amiens, jugeant en audience solennelle et statuant par suite du renvoi ordonné par la Cour de cassation le 11 janvier 1933, a, le 14 mars 1934, rendu son arrêt sur l'affaire *Crémieux*. Cette Cour a adopté le système juridique de M. CAPITANT et reconnu dans la clause commerciale une promesse de vente contraire au principe de la prohibition des pactes sur succession future.

Devant cette juridiction la question de la validité de la clause de conservation du fonds de commerce ou des droits sociaux propres à l'époux prémourant a encore été laissée au second plan ; elle n'a été soulevée que comme un moyen de défense subsidiaire. On s'est principalement attaché à démontrer qu'il n'y avait pas eu révocation de la stipulation pour autrui contenue dans l'acte de société à responsabilité limitée par le testament du 24 août 1927.

La thèse soutenue par les défenseurs de M^{me} Veuve *Crémieux* semble pouvoir se résumer ainsi :

1^o La stipulation du pacte social n'a pas été révoquée par le dernier testament de *M. Crémieux* ; ce testament eût-il d'ailleurs été rédigé dans ce but, qu'il ne l'eût pas atteint car cette révocation, qui constituait une modification des statuts, ne pouvait valablement sortir effet qu'après avoir été agréée par l'autre associé *M. Millaud* et après avoir été soumise aux formalités de publicité prévues par l'article 17 de la loi du 7 mars 1925.

2^o En outre cette stipulation ne pouvait plus être révoquée,

puisqu'elle avait été acceptée par la bénéficiaire par suite de l'insertion de la clause commerciale dans le contrat de mariage qui était antérieur au testament. Cette clause du contrat, a-t-on soutenu, est valable car elle s'analyse en une donation de biens à venir avec charge. A l'appui de cette thèse on a fait état de l'existence de la libéralité éventuelle que nous avons signalée en étudiant le procédé de l'institution contractuelle, succédané de la clause commerciale. Nous avons vu en effet (*supra* n° 81) qu'aux termes de son contrat de mariage et en cas de conservation des droits sociaux propres à son mari, *M^{me} Crémieux* devait verser aux héritiers de celui-ci une indemnité égale à la valeur de ces droits, cette valeur étant déterminée d'après le dernier inventaire ayant précédé le décès. Or, dans cet acte le fonds de commerce figurait pour la somme de un franc. Au contraire si la veuve se refusait à lever son option, l'acte de société stipulait que l'associé survivant deviendrait seul propriétaire de l'actif social, à charge de tenir compte aux héritiers de l'associé prédécédé « non seulement de leurs droits chiffrés dans le dernier inventaire social, mais encore de la moitié de la valeur du fonds de commerce estimée à une somme égale au montant des bénéfices nets pendant les trois dernières années ». Devant la Cour de renvoi on a donc fait valoir que la libéralité portait sur la moitié de la valeur du fonds, qu'il ne pouvait pas être question de promesse de vente, ni d'atteinte à la prohibition des pactes sur succession future.

Enfin, de la clause de l'acte de société que nous venons de rappeler on a tiré l'argument suivant : *M. Crémieux* au moyen de la clause commerciale n'a pas modifié la dévolution de sa succession, ni conféré sur celle-ci un droit privatif. En effet, aux termes des statuts l'héritière du défunt ne pouvait recevoir ses droits en nature car si *M^{me} Crémieux* renonçait à son option, *M. Millaud* avait l'obligation, et non la faculté, de conserver tout l'actif contre paiement en argent de la moitié de sa valeur. En toutes hypothèses *M^{me} Moritz* ne pouvait faire valoir qu'un droit de créance.

La Cour d'Amiens n'a pas admis cette argumentation.

En premier lieu elle a jugé que la stipulation des statuts de la société à responsabilité limitée avait été révoquée par le testament du 24 août 1927. Elle a estimé que cette révocation résultait des termes mêmes du testament et des circonstances dans lesquelles *M. Crémieux* avait manifesté par cet acte ses dernières volontés. Quant aux moyens tirés de l'absence du consentement de *M. Millaud* et du défaut de publicité, la Cour a admis que le jugement du Tribunal de la Seine y avait déjà répondu par des motifs suffisants qu'elle a adoptés. Il suffit donc de les rappeler ici : A) l'agrément de *M. Millaud* n'était pas nécessaire puisque ce dernier ne pouvait valablement s'opposer à ce que *M. Crémieux* retirât à sa femme un avantage qu'il lui avait concédé, cette révocation n'étant pas de nature à préjudicier à l'associé survivant ; B) le testament sortant effet par lui-même on ne se trouvait pas en présence d'une modification des statuts soumise aux formalités de l'article 17 de la loi du 7 mars 1925 : dépôt d'une expédition de l'acte, s'il est notarié, ou d'un original, s'il est sous seings privés, aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société ; insertion dans un journal d'annonces légales d'un extrait de l'acte modificatif. Toutefois le même article 17 exigeant l'accomplissement des mêmes formalités lorsqu'il s'agit d'un changement d'associé, le tribunal de la Seine avait décidé que « *M^{me} Veuve Crémieux* n'ayant pu obtenir cette qualité avant le décès de son mari, c'était seulement en cas d'acceptation valable de sa part que le texte susvisé devait recevoir application ».

En second lieu la révocation par testament de la stipulation pour autrui du pacte social a été considérée, par la Cour de renvoi, comme pleinement efficace. Elle n'a pas admis que l'insertion de la clause commerciale dans le contrat de mariage pouvait valoir acceptation de la stipulation. Elle a décidé au contraire, dans les attendus suivants, que cette clause tombait sous le coup de l'article 1.130 du Code civil :

« Attendu qu'il résulte de tout ce qui précède que la stipulation contenue à l'article 44 des statuts, dont se prévaut la dame Veuve *Crémieux*, a été révoquée par le testament du 27 août 1927.

« Attendu, il est vrai, que l'appelante prétend avoir accepté cette stipulation par son contrat de mariage et l'avoir rendue ainsi irrévocable, antérieurement au testament sus-énoncé ; qu'elle invoque l'article 5 dudit contrat accordant à l'époux survivant la faculté, en tant que les actes constitutifs de la société le permettraient, de conserver pour lui seul les droits sociaux pouvant appartenir à son conjoint comme associé dans un établissement commercial, en tenant compte de leur valeur aux héritiers d'après le dernier inventaire social.

« Mais attendu que cette clause, insérée dans un contrat de mariage instituant le régime de séparation de biens, tombe sous le coup de l'article 1.130 du Code civil qui frappe de nullité toutes stipulations ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte ; qu'en effet elle conférerait à la dame *Crémieux* non point un droit sur les biens actuels de son mari, mais un droit éventuel contre sa succession et qui ne naîtrait qu'à son décès ; que *Crémieux* obligeait par là ses héritiers à céder à sa veuve les droits sociaux faisant partie de sa succession : que cette convention présente donc tous les caractères d'un pacte sur succession future prohibé par l'article 1.130, qu'en outre elle s'analyse en une promesse de vente faite sous la condition de survie du conjoint, ce qui ne permet pas de la faire rentrer dans les exceptions prévues par les articles 1.082, 1.083, 1.091, 1.525 du Code civil, en faveur des institutions contractuelles et des conventions relatives au partage de biens communs, qu'elle est donc manifestement nulle.

« Attendu qu'on ne saurait y voir, en effet, comme le soutient à tort la dame *Crémieux*, une libéralité avec charges, dès lors qu'elle comporte l'obligation pour l'époux survivant de tenir compte à la succession de la valeur des droits cédés d'après le

« dernier inventaire, que cette condition lui imprime le caractère
« d'une stipulation à titre onéreux, alors surtout que le contrat
« précise qu'à défaut d'inventaire au jour du décès, il sera dressé
« un inventaire commercial, valeur au décès, avec les associés
« suivant les formes déterminées par l'acte de société ; qu'une
« telle clause, qui ne concède même pas au survivant une sous-
« évaluation des droits qui lui sont attribués moyennant paie-
« ment de leur valeur, est inconciliable avec l'idée d'une libé-
« ralité.

« Attendu que si le dernier inventaire avant décès a attribué
« au fonds de commerce une valeur forfaitaire, cette circonstance
« postérieure au contrat de mariage, donc étrangère à l'intention
« des parties quand elles ont contracté, et qui procède d'ailleurs
« des considérations commerciales n'ayant rien à voir avec les
« conventions matrimoniales de *Crémieux*, ne saurait modifier
« la nature et le caractère de la clause incriminée.

« Attendu qu'il importe peu que les héritiers ne puissent
« bénéficier, d'après l'acte de société, que d'un droit de créance
« et non de droits en nature, qu'il n'en demeure pas moins que
« *Crémieux* a disposé de ses droits sociaux pour le temps où il
« n'existerait plus, qu'il les a attribués à sa veuve, lui conférant
« ainsi un droit privatif sur une succession non ouverte et ce,
« à titre onéreux ; qu'une telle disposition constitue nécessaire-
« ment un pacte sur succession future prohibé par la loi, qu'elle
« est donc frappée d'une nullité d'ordre public.

« Attendu qu'il suit de là qu'elle est réputée non écrite, et ne
« saurait produire aucun effet ; que la dame *Crémieux* ne peut
« donc s'en prévaloir ni pour y puiser directement le droit de
« continuer la société, ni pour en tirer la preuve qu'elle aurait,
« du seul fait de l'insertion de cette clause dans son contrat de
« mariage, valablement accepté la stipulation pour autrui insé-
« rée aux statuts ; que décider le contraire serait faire produire
« effet à une clause radicalement nulle dont il ne peut être fait
« état à quelque titre que ce soit.

« Attendu en conséquence que la stipulation insérée à l'arti-

« cle 44 des statuts n'a pas été valablement acceptée par la dame
« *Crémieux* avant le décès de son mari et qu'elle se trouve révo-
« quée par le testament du 24 août 1927.

« Que la prétention de l'appelante qui se fonde tant sur cette
« stipulation que sur l'article 5 de son contrat de mariage est
« donc doublement mal fondée.

« Par ces motifs...

L'arrêt du 14 mars 1934 contient donc la condamnation définitive de la clause commerciale pour infraction à la règle contenue à l'article 1.130 du Code civil. Cette clause est frappée de nullité absolue car elle a pour objet d'attribuer un droit privatif sur une succession non ouverte. Elle constitue un pacte sur succession future. Et la Cour précise sa conception du pacte successoral qui est celle de M. CAPITANT. Pour qu'il y ait pacte en effet deux conditions doivent être remplies : il faut 1^o que le droit conféré sur une succession soit un droit éventuel, 2^o que ce droit existe non contre le stipulant, mais contre ses héritiers.

Aux défenseurs de M^{me} Veuve *Crémieux* qui prétendaient que la clause commerciale rentrait dans les exceptions à la règle de l'article 1.130, prévues par les articles 1.082, 1.083 et 1.091, la Cour a répondu que cette clause s'analysait en une promesse de vente faite sous condition de survie du conjoint et non en une institution contractuelle. Elle n'a pas admis l'existence de la libéralité résultant de la stipulation, au contrat de mariage et aux statuts, de modes différents d'évaluation de l'indemnité due aux héritiers de l'associé prédécédé suivant que la veuve exerçait ou non la faculté de reprise qui lui avait été réservée. La Cour n'a pas nié l'élément matériel de la prétendue donation, mais elle a estimé que l'élément intentionnel faisait défaut.

Enfin la Cour a décidé que, quel que soit l'effet de la clause de l'acte de société sur la nature des droits successoraux de M^{me} Moritz, M. *Crémieux* par la stipulation de la clause commerciale dans son contrat de mariage avait disposé de ses droits sociaux pour le temps où il n'existerait plus, ce qui constituait un pacte

successoral. Décision logique si l'on a voit dans la clause de conservation de fonds de commerce moyennant indemnité une opération à titre onéreux.

Telles sont les principales dispositions de l'arrêt du 14 mars 1934. Ainsi que nous l'avions prévu, la Cour d'Amiens a respecté les décisions de la Cour suprême. La Cour de cassation (toutes chambres réunies) n'aura pas à se prononcer sur la validité de la clause commerciale. Cette construction du notariat doit désormais être considérée comme contraire au vieux dogme de la prohibition des pactes sur succession future. Et l'impossibilité d'un revirement de la Jurisprudence montre la nécessité d'une intervention du législateur dans ce domaine.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES DE LA DOCTRINE.

- ARTHUYS. — Traité des sociétés commerciales, 3^e éd. 1917.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5^e éd., 1897, 1922, 11 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, 13^e et 14^e éd., 1925-1927, 3 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — Des obligations, 3^e éd., 1906, 2 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE. — Du contrat de mariage, 3^e éd.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Des successions, éd., 1895, 2 vol.
- De la Société, du prêt, du dépôt, 3^e éd., 1907.
- CENDRIER. — Le fonds de commerce. *Traité général théorique et pratique avec formulaire*, 5^e éd. (revue et complétée par Robert Martin et René Maus). Paris, 1930.
- CHARVET. — Traité pratique et formulaire du fonds de commerce. Paris, 1932.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil, 4^e éd., 3 vol.
- DEMOGUE. — Traité des obligations, 1923, 2 vol.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, 1877, 33 vol.
- GUILLOUARD. — Traité du contrat de mariage, 1887.
- HÉMARD. — Cours de droit civil des trois années de licence, 1926-1929.
- Précis de droit civil, 1930, 3 vol.

- HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales, 6^e éd., 1929, 3 vol.
- JOSSERAND. — Cours de droit positif français, 3 vol., 2^e éd., 1933.
- LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations, 1857.
- LAURENT. — Principes de droit civil français 1878, 3^e éd.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de droit civil, 10^e éd., 1927, 3 vol.
- PLANIOL, RIPERT et NAST. — Traité pratique de droit civil français. Des régimes matrimoniaux, t. 8, éd., 1925 et 1927.
- PLANIOL, RIPERT et TRASBOT. — Traité pratique de droit civil français. Des donations et testaments, t. V, 1933.
- POTHIER. — Œuvres (Annotées par Bugnet), 1845 et 1846.
- RIPERT. — Cours spécial de doctorat, 1930-1931. Droit civil approfondi et comparé : La notion de libéralité.
- THALLER. — Traité élémentaire de droit commercial, 8^e éd., 1931.
- THALLER et PIC. — Traité général des Sociétés commerciales. 2^e éd., 1925.

ETUDES SPÉCIALES DE LA CLAUSE DE FONDS DE COMMERCE.

A. — *Juristes.*

- CAPITANT. — D. 1923.2.3 ; D. 1927.1.5.
- Rev. Crit., n^o de janv.-févr. 1927, p. 21 à 78 ; D. 1929.2.105 ; D. 1933.2.1 ; D. 1931.2.4 ; D. 1931.2.6 ; D. 1933.1.10.
- Rev. Crit., 1933, p. 86 ; 1933, p. 110.
- DESSERTAUX. — Rev. Crit., 1933, p. 457.
- ESMEIN. — D. H., 1933, Chr., p. 57.
- GÉNY. — Sem. Jur., 7 et 17 juin 1928, p. 697 et 729 à 733.
- Rec. civ. et Not. des Jurisc., 5 juillet 1920 ; S 1928.2.33 ; S 1930.2.57 ; S 1930.2.97 ; S 1932.2.1 ; S 1932.2.4 et 5 ; S 1933.1.161.

- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — Jurisclasseurs civils, art 1130.
- MOREAU. — Rec. civ. et Not. des Juriscl., 1923, p. 181 ; 1923, p. 341 ; 1925, p. 33 ; 1925, p. 140 ; 1926, p. 221 ; 1929 (20 mars).
- Sem. Jur., 11 avril 1929, p. 445 ; 26 fév. 1933, p. 187 ; 1933, p. 241.
- Rec. civ. et Not. des Juriscl., 1933 p. 274 ; 1933, p. 642.
- NAST. — Rev. crit., 1924, p. 534 ; 1925, p. 256.
- Rép. gén. prat. du Not. et Enreg., 28 fév. 1929, art. 21.939.
- D. H. 1929, Chr., p. 37.
- Rép. gén. prat. du Not. et Enreg., 15 août 1929, art. 22.107.
- Rev. crit., 1930, p. 532.
- Rép. gén. prat. du Not. et Enreg., 15 sept. 1931, art. 22.858 ; D. 1932.2.134 ; Rev. crit., 1933, p. 282.
- SAVATIER. — Rép. gén. prat. du Not. et Enreg., 15 avril 1929, art. 21.997.
- Rev. trim. de droit civil, 1929, p. 171 et 476 ; 1933, p. 153.
- SOLUS. — Rép. gén. prat. du Not. et Enreg., 15 avril 1933, art. 23.434.
- TISSIER. — S. 1906.4.33.
- VAN den BOSSCHE. — Flandre judiciaire, 1902, 465 et S.
- Annales du Notariat et de l'Enregistrement de Belgique, 1902, p. 281.
- VAN DE VORST. — J. du Not., 10 juillet 1930, p. 437.
- VIALLETON. — Rev. crit., 1924, p. 405 ; Gaz. Pal. 1924.2.652 ; S. 1926.1.169 ; S. 1929.1.137 ;

B. — *Praticiens.*

- AMIAUD. — J. du Not., 1921, p. 136 ; 1923, p. 310 ; 1923, p. 507 ; 1925, p. 46.
- BESNARD. — R. du Not., 1923, art. 19.629 ; 1926, art. 21.245.
- CHARPENTIER. — R. du Not., 1923, art. 19.630.

- CHARRON. — R. du Not., 1929, art. 22.038 ; 1930, art. 22.321 ; 1931, 15 nov. ; 1931, 15 déc.
- J. N. 1932, p. 1039.
- DEFRÉNOIS. — Rép. gén. prat. du Not. et Enreg., 15 juillet 1921, p. 136.
- DEMEY. — J. du Not., 10 mai 1930, p. 262.
- J. N., 20 juillet 1932, p. 673.
- DEYZAC. — J. N., 20 avril 1925, art. 34.322.
- J. du Not., 10 déc. 1928, p. 765 ; 25 mars 1929, p. 191 ; 25 fév. 1930, p. 97 ; 10 mars 1930, p. 146 ; 10 avril 1930 ; p. 219.
- J. N., 5 avril 1930, art. 36.173 ; 5 mars 1933, p. 219 à 234, art. 37.476.
- DICHAMP. — R. N. (La Basoche), 15 nov., 1923, p. 603 et 614.
- FAUVEL. — J. N., 20 oct. 1922, art. 33.254 ; 20 août 1923, art. 33.556 ; 20 août 1926, art. 34.809, p. 574 ; 20 juin 1929, art. 35.919.
- FOIRET. — J. N., 20 mars 1928 (Supplément Formules).
- R. N. (La Basoche), 1928. Formules, p. 23 à 34.
- J. N., 1932, p. 214.
- R. N. (La Basoche), 1933. II. 93.
- ROULOIS (F. et G.). — Revue mnémotechnique, 15 oct. 1929, p. 130.

THÈSES.

- BANOMYONG. — Du sort des sociétés de personnes en cas de décès d'un associé. Paris, 1927.
- BASSET. — Le Fonds de commerce sous le régime de la communauté. Paris, 1924.
- BEHIN. — Attribution du fonds de commerce au cas de dissolution de la communauté. Lille, 1925.
- BLAS. — La transmission héréditaire intégrale d'une exploitation en Alsace-Lorraine. Strasbourg, 1927.

- CHAMPEAUX. — Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit français. Strasbourg, 1931.
- DEGAND. — Des conventions modificatives du partage égal de la communauté entre époux. Paris, 1916.
- DUPUIS. — De la clause de reprise du fonds de commerce. Paris, 1931.
- GAZAGNE. — La continuation des sociétés de personnes par les héritiers. Paris, 1932.
- JACTAT. — De la clause de conservation par le survivant d'une exploitation propre à l'époux prédécédé. Paris, 1931.
- MACHEBREAU. — Les clauses de prélèvement facultatif moyennant indemnité. Paris, 1908.
- MAUX. — Contribution à l'étude des pactes sur succession future. Toulouse, 1930.
- MOLLET. — De la clause de conservation du fonds de commerce en tant qu'elle porte sur un fonds propre à l'époux prédécédé. Dijon, 1933.
- MORIN. — Les pactes sur succession future en droit positif français actuel. Paris, 1931.
- NAST. — Etude sur la prohibition des pactes sur succession future. Paris, 1905.
- VIGNANCOUR. — Le fonds de commerce dans les rapports entre époux. Paris, 1928.

RÉPERTOIRES ET RECUEILS DE JURISPRUDENCE.

(avec indication des abréviations usuelles.)

Annales du notariat et de l'enregistrement de Belgique.

Bulletin de l'Association des Notaires de France.

DALLOZ. — *Jurisprudence générale* (D. ou D. P.).

— *Recueil hebdomadaire* (D. H.).

Flandre Judiciaire.

Gazette du Palais (Gaz. Pal.).

Gazette des Tribunaux (Gaz. Trib.).

Journal des notaires (J. N.).

Journal du Notariat (J. du Not.).

Pasicrisie Belge (Pas. Belg.).

Recueil civil et notarial des Jurisclasseurs (Rec. civ. et not. des Juriscl.).

Répertoire Commaille (Rép. com.).

Répertoire Général pratique du notariat et Enregistrement (Defrénois) (Rép. Gén. Prat. du Not. et Enreg.).

Répertoire général de la pratique notariale (Belgique).

Revue Critique de législation et de Jurisprudence (Rev. Crit.).

Revue mnémotechnique (Rev. mnémot.).

Revue pratique du notariat belge.

Revue du notariat (R. du Not.).

Revue nouvelle du notariat et de procédure (La Basoche) R. N. (La Basoche).

Revue trimestrielle de droit civil.

La Semaine juridique (Sem. jur.).

SIREY. — *Recueil de Jurisprudence* (S.).

TRAITÉS FORMULAIRES DU NOTARIAT.

AMIAUD. — *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*, 6^e éd., 1914, et 8^e 1924.

CLERC. — *Manuel théorique et pratique et formulaire général et complet du notariat*, 2^e éd., 1847 et 5^e éd., 1863.

DEFRÉNOIS. — *Traité pratique et formulaire général du notariat*, 10^e éd., 1912.

MAGUET. — *Traité formulaire à l'usage des aspirants au notariat*, éd. 1929.

Rédacteurs du *Journal des Notaires* :

Formulaire annoté des actes des notaires, 15^e éd., 1926 et additions.

Formulaire général des Sociétés, Associations, Syndicats (Droit civil, commercial, régime fiscal et Impôts divers). Paris, 1932, 2 vol.

SCHICKS et VANISTERBECK. — *Traité formulaire*.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Avant-propos	5
I. Introduction. — 2 Plan.	
Chapitre premier. — Etat de la question avant l'arrêt du 11 janvier 1933.	12
3. Objet de la clause commerciale. — 4. Rédaction d'une clause. — 5. Ses éléments caractéristiques. — 6. Son origine. — 7. Ses avantages. — 8. Sa nature juridique lorsque son objet est un bien de communauté. — 9. La clause de reprise d'un bien propre au prémourant. Cette clause est-elle valable ? — 10. La jurisprudence belge. — 11. Le jugement du Tribunal de Rouen du 5 avril 1921. — 12. Controverse doctrinale : les partisans de la nullité de la clause : MM. Capitant, Vialleton, etc. — 13. Théories en faveur de la validité. — 14. Théorie de la convention de mariage : MM. Amiaud, Besnard, Defrénois, Fauvel. — 15. Théorie de la donation de la faculté de reprise : MM. Vandebossche, Dupuis, Deyzac, Machereau. — 16. Théorie de la donation de biens à venir avec charge : MM. Dichamp, Basset, Béhin, Jactat. — 17. Théorie du contrat <i>post-mortem</i> : MM. Génny, Nast, Savatier. — 18. Analyse de la jurisprudence relative aux clauses accessoires : droit au bail, donation entre vifs avec clause commerciale, etc. — 19. Conclusion.	
Chapitre II. — L'arrêt du 11 janvier 1933 et ses conséquences.	42
20. Plan.	
Section 1. — L'ARRÊT DU 11 JANVIER 1933.	43
21. Rappel des faits. — 22. Le jugement du Tribunal de la Seine du 24 décembre 1928. — 23. L'arrêt de la Cour de Paris du 21 février 1930. — 24. L'arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 1933. — 25. Commentaires.	
Section 2. — LES CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION	50
§ 1 ^{er} . — <i>Effets sur la clause de continuation des sociétés de personnes.</i> ..	51
26. Rédaction d'une formule stipulant la continuation d'une société de personnes entre les associés survivants et le con-	

joint de l'associé prédécédé. — 27. Nature juridique de cette stipulation. — 28. Ne constitue-t-elle pas une infraction à la règle de la prohibition des pactes sur succession future ? — 29. Opinion de M. Capitant. — 30. Opinion de M. Esmein. — 31. Critique. — 32. Argumentation de M. Génv. — 33. La clause du pacte social ne réalise pas seulement une stipulation pour autrui.

§ 2. — *Effets sur la clause de droit au bail*..... 62

34. Rédaction d'une formule. — 35. Cette clause est-elle valable ? — 36. Quels sont les éléments constitutifs du pacte sur succession future ? Analyse de la doctrine et de la Jurisprudence. — 37. Conception de M. Capitant. — 38. La clause de droit au bail porte-t-elle atteinte à la prohibition de l'article 1130 ? Controverse doctrinale. — 39. Etude de la jurisprudence. — 40. Si la clause commerciale constitue un pacte successoral, il faut en décider de même pour la clause accessoire de droit au bail. — 41. Conséquences.

§ 3. — *Effets sur la clause de reprise en cas de renonciation de la femme à la communauté*..... 73

42. Position de la question : la clause autorisant la femme à exercer la reprise d'un fonds de commerce commun même si elle renonce à la communauté est-elle valable ? — 43. Thèse de M. Capitant : cette clause est une application de l'article 1.515 ; la femme prélève le fonds en vertu d'une convention entre associés et à titre de partage. — 44. Thèse de M. Nast : c'est à titre de propriétaire que la femme lève son option. — 45. Thèse de M. Moreau. — 46. Thèse de M. Vialleton : l'article 1.515 n'a aucun rôle à jouer en ce cas.

§ 4. — *Effets sur les donations entre vifs avec clause commerciale* .. 80

47. Rareté de ces donations. Raisons. — 48. Le jugement du Tribunal de Rouen du 19 juin 1929 : la clause commerciale des donations entre vifs réalise une promesse de vente qui est contraire au principe de l'article 1130. — 49. L'arrêt de la Cour de Rouen du 28 octobre 1930 : cette clause est valable comme constituant une institution contractuelle. — 50. Critique de cette décision.

51. Conclusion.—..... 85

Chapitre III. — La réaction notariale..... 88

52. La réaction du notariat avant l'arrêt du 11 janvier 1933. — 53. Depuis cet arrêt. — 54. Son objet, les divers procédés préconisés. — 55. Plan.

§ 1^{er}. — *Le testament ou legs avec charge* 95

56. Formule de legs avec charge. — 57. On aurait pu aussi utiliser le legs de la faculté d'acquérir : inconvenient au point

de vue fiscal. — 58. Valeur du procédé du legs avec charge : ses avantages. — 59. Ses inconvénients. — 60. Sa révocabilité. — 61. Possibilité d'atteinte à la règle de la réserve en nature. — 62. Arguments en faveur de la thèse de la non réductibilité. — 63. Arguments contre cette thèse.	
§ 2. — <i>La mise en communauté</i>	106
64. Les divers procédés de mise en communauté. — 65. L'apport pur et simple. — 66. La vente à la communauté. — 67. Valeur de ce dernier procédé : ses avantages. — 68. Ses inconvénients. — 69. Formule établie par les rédacteurs du <i>Répertoire pratique du notariat et de l'enregistrement</i> . — 70. Formule établie par M. Capitant. — 71. Ces formules ne donnent pas entière satisfaction.	
§ 3. — <i>L'institution contractuelle avec charge</i>	121
72. Formule due aux rédacteurs du <i>Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement</i> . — 73. Valeur de cette formule : ses avantages. — 74. Les critiques qui peuvent lui être adressées. — 75. Quelle doit être l'importance de la libéralité pour entraîner la validité de toute l'opération ? — 76. Analyse de la notion de libéralité. — 77. L'institution contractuelle ne serait-elle valable que dans la mesure où elle est gratuite ? — 78. Différentes tentatives de justification de l'opération dans son ensemble. — 79. L'importance de la charge est une question de fait qu'il faut laisser apprécier aux juges. — 80. Le jugement du Tribunal de la Seine du 28 mars 1930. — 81. La jurisprudence de la Cour de cassation. — 82. Conclusion : nécessité de laisser à l'élément gratuit une importance suffisante pour que l' <i>animus donandi</i> de l'époux titulaire du fonds ne puisse être mis en doute.	
Conclusion	136
83. De tous les moyens envisagés le legs avec charge est le plus satisfaisant, toutefois l'objection que ce procédé est de nature à porter atteinte à la réserve en nature ne manque pas de force. — 84. Inefficacité de la réaction notariale. Nécessité d'une réforme législative. — 85. Objets de cette réforme. — 86. Restreindre le domaine de la prohibition des pactes sur succession future. — 87. Assurer la transmission intégrale d'une exploitation commerciale, industrielle ou agricole. — 88. Législations étrangères et lois françaises autorisant cette transmission. — 89. Raisons qui militent en faveur d'une réforme à double objet. Comment la concevoir. — 90. Texte d'un projet de réforme.	
Appendice	148
Bibliographie	155

717. — Imp. Jouve et Cie, 15, rue Racine, Paris. — 5-34

